2-2021

TEMAS PROCESALES

ISSN:2619-3655

Compilador: Jorge Iván Marín Tapiero

35

La Revista Temas Procesales Vol. 35 no tiene ánimo de lucro.
ISSN: 2619-3655
Periodicidad: semestral
temasprocesales@gmail.com

Queda prohibido cualquier tipo de reproducción —con fin lucrativo— de los trabajos académico aquí presentados.
Todos los Derechos Reservados.

Filiación: Red para el Estudio del Proceso y la Justicia
www.redidprocesalyjusticia.org
redinterinstitucionalderecho@gmail.com
Medellín, Colombia.

Edición: Jorge Iván Marín Tapiero - jmarint@udemedellin.edu.co
Diagramación y diseño editorial: Cristina Ramírez López.
Junio, 2022

COMITÉ EDITORIAL

Adriana Arboleda (Colombia-Universidad Remington), Jorge Vásquez (Colombia-Universidad Católica Luis Amigó), Diana Ramírez Carvajal (Colombia-Universidad de Medellín), Andrea Meroi y Mario Chaumet (Argentina-Universidad Nacional del Rosario) y Cristina Patiño (Colombia-Universidad Nacional).

COMITÉ CIENTÍFICO

Eduardo Oteiza (Argentina-Universidad de la Plata), Daniel Mitidiero (Brasil Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Giovanni Priori (Perú-Pontificia Universidad Católica del Perú), Arturo Álvarez e Isabel Villar (España-Universidad de Cadiz).

COMITÉ EVALUADOR

Camilo Andrés Garzón Correa (Colombia-Universidad Cooperativa deColombia), Juan Camilo Yepes Yarce (Colombia-Universidad Autónoma Latinoamericana), Juan Carlos Acevedo Velásquez (Colombia), Beatriz Elena Arcila Salazar (Colombia, Universidad Católica del Oriente).

Tabla de contenido

Retroactividad y precedente jurisprudencial aplicación del precedente a una situación antecedente: Analisis de la sentencia T-486 de 2005. ..... *4*
Katherine Andrea Rolong Arias

El análisis de contexto en la decisión judicial transicional: El forcejeo entre la verdad y la paz. *26*
Carlos Ándres Pérez Alarcón

La tipificación del delito de injuria y calumnia en el derecho penal latinoamericano. Un análisis desde la Convención Americana sobre derechos humanos. *48*
Germán Eduardo Mesa Garzón, Darwin Gilberto Clavijo Cáceres

Integración de disposiciones procesales en Colombia: un estudio de caso como evidencia del caos respecto a la tutela efectiva y el debido proceso. *68*
Diego Armando Yañez Meza

La iniciativa judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. . *90*
Fernando Martínez Ureña

El internet como Derecho Fundamental Autónomo o un Servicio Público Esencial. *111*
William Yeffer Vivas Lloreda

La crisis de la ley procesal en Ecuador a partir de la teoría de la racionalidad de Michele Taruffo. *133*
Jhonny Palacios, Ana Gabriela Pozo, Magdalia Hermoza

El poder del juez indígena frente al debido proceso. *159*
Rafael Ángel Ramírez Restrepo

Retroactividad y precedente jurisprudencial aplicación del precedente a una situación antecedente: análisis de la sentencia T-486 de 2005.

Katherine Andrea Rolong Arias [1]

Resumen: En este artículo se analizan algunas de las principales razones que justifican la aplicación del precedente jurisprudencial como sistema de interpretación vinculante en el ejercicio de función jurisdiccional, tales como la aplicación del principio de igualdad, el no afectarse con ello el principio de independencia judicial y autonomía del Juez, así como tampoco su posición activa y creativa al interior del proceso jurisdicciónal independientemente de que el sistema legal imperante sea del Civil Law, dada la distancia que cada vez es menor con el del Common Law. Así como de aquellos que dan cuenta de su inconveniencia, justamente porque se ve afectados los principios de independencia y autonomía al no poder apartarse el Juez con facilidad del precedente, con el inconveniente que el Juez deja de ser un sujeto procesal que impulsa la evolución del derecho, de acuerdo a las dinámicas -por cierto cambiantes- de la realidad social; además de no ajustarse esta forma de interpretación al sistema legal adoptado en Colombia. Para ello, se abordan algunas normas de carácter constitucional, otras de índole legal y algunas sentencias que se relacionan de manera directa con este tema y que facilitan y propician a la vez la discusión. Además, se hace un análisis de la sentencia T-486 de 2005 a través de la cual se desconocieron los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, en razón a la ponderación del principio de igualdad; todo ello justificado en la aplicación de un precedente que no operaba para el momento en que fue decidido el conflicto allí planteado, de tal manera, que sin haberse hecho análisis expreso por parte de la Corte Constitucional, aconteció que se aplicó de manera retroactiva el precedente, al hacerlo extensivo a un conflicto que ya había sido decidido, de tal manera, que se llegue a la conclusión que se dio por parte de la Alta Corporación una interpretación y aplicación errada del precedente jurisprudencial, afectando así, el principio de seguridad jurídica.

Palabras clave: Jurisprudencia, doctrina legal probable, precedente jurisprudencial, principio de igualdad, principio de cosa juzgada, seguridad jurídica.

1 Abogada. Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho público y en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente Universitaria en pregrado y postgrado. Coautora del libro Restitución Internacional de Infantes y Adolescentes y del artículo "La adopción por personas homosexuales: Una medida para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Autora del artículo denominado "Ley 1996 de 2019. Derogatorias, vigencias y aspectos procesales más relevantes del régimen de transición". Con experiencia de veinte años en la Rama Judicial de la república de Colombia en diversos cargos. Actualmente Juez Primera de Familia de Medellín de Oralidad y estudiante de séptimo semestre del Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo en la Universidad de Medellín. Correo electrónico: krolong@gmail.com.

Retroactivity and the jurisprudential precedent application of the precedent to a precedent situation: analysis of judgment T-486 of 2005

Abstract: This article analyzes some of the main reasons that justify the application of the jurisprudential precedent as a binding interpretation system in the exercise of jurisdictional function, such as the application of the principle of equality, not affecting the principle of judicial independence and autonomy. of the Judge, as well as its active and creative position within the jurisdictional process regardless of whether the prevailing legal system is Civil Law, given the distance that is less and less with that of Common Law. As well as those who report their inconvenience, precisely because the principles of independence and autonomy are affected as the Judge cannot easily depart from the precedent, with the inconvenience that the Judge ceases to be a procedural subject that drives the evolution of the law, according to the dynamics -by the way changing- of social reality; in addition to not adjusting this form of interpretation to the legal system adopted in Colombia. For this, some constitutional norms, others of a legal nature, and some judgments that are directly related to this issue and that facilitate and promote discussion are addressed at the same time. In addition, an analysis is made of judgment T-486 of 2005 through which the principles of res judicata and legal certainty were ignored, due to the weighting of the principle of equality; all this justified in the application of a precedent that did not operate at the time the conflict raised therein was decided, in such a way that, without having made an express analysis by the Constitutional Court, it happened that the precedent was applied retroactively , by making it extensive to a conflict that had already been decided, in such a way that the conclusion is reached that the High Corporation misinterpreted and applied the jurisprudential precedent, thus affecting the principle of legal certainty.

Keywords: Jurisprudence, probable legal doctrine, jurisprudential precedent, principle of equality, principle of res judicata, legal security.

Introducción

La interpretación del ordenamiento jurídico ha pasado por varios estadíos en la historia, desde la exégesis, el historicismo, el método sistemático y el teleológico, para arribar al del precedente jurisprudencial. Esta realidad, en Colombia, se abre paso con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, momento a partir del que se empiezan a dar pronunciamientos sobre la jurisprudencia, ya no como criterio auxiliar de interpretación, sino como una fuente formal del derecho.

Para ello, es importante revisar el contenido del artículo 4° de la ley 169 (1896) que modificó el 10 de la ley 153 (1887) que establece lo siguiente: "Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores" norma a partir de la cual se desprende que la jurisprudencia es criterio auxiliar de interpretación dentro del sistema de fuentes del derecho en tanto, el Juez podrá echar mano o no de ella.

Por su parte, el artículo 17 del Código Civil (Ley 53 de 1887) establece que: "Fuerza de las sentencias judiciales - interpretación por vía de decisión o de especie. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas." De tal manera que se establece así el efecto inter partes de las sentencias, y no erga onmes como acontece cuando se está en presencia del precedente jurisprudencial.

Ahora bien, el artículo 230 Constitucional señala que: "Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

Asunto frente al cual es importante revisar el sistema legal imperante, por cuanto de él se derivan las normas, instituciones, procedimientos que han de regir en un determinado Ordenamiento Jurídico, dentro de los cuales se encuentran el Common Law y el Civil Law, siendo éste último el acogido por Colombia.

De tal manera que, para abordar el estudio del precedente como forma de interpretación, es necesario, tener claridad sobre el sistema legal imperante en Colombia y las normas que establecen que la jurisprudencia es criterio auxiliar de interpretación a la luz de la Constitución Política de 1991. Ello conlleva a analizar si al afirmar que el Juez se encuentra sometido al imperio de la ley, deberá entenderse que lo es a una norma de manera particular o puede entenderse que se trata de todo el ordenamiento jurídico dentro del cual

se encuentra la jurisprudencia.

La posición que se asuma, es la que conllevará a conclusiones sobre la obligatoriedad o no del precedente, siendo dos posiciones contrarias y frente a las cuales se pretenden revisar argumentos que robustecen cada de una de estas posiciones, así como algunos inconvenientes que eventualmente pueden presentarse como consecuencia de su aplicación.

Adicionalmente, es importante precisar que quienes defienden la interpretación a través del precedente jurisprudencial en buena medida lo justifican en la garantía del principio de igualdad, de tal manera que situaciones análogas deban ser resueltas de la misma manera, teniendo en cuenta las subreglas que en cada caso particular establezcan las Altas Cortes, sin que con ello, se desconozcan otros principios como el de cosa juzgada, seguridad jurídica y confianza legítima. Empero, contrario a este argumento, al abordar el estudio de la sentencia T- 486 de 2005, se observa que so pretexto de garantizar el primero de los principios en mención, se aplicó un precedente a un conflicto intersubjetivo de intereses que ya había sido resuelto con anterioridad, valga decir, cuando aún no existía el precedente; dándole un peso tal, que el principio de cosa juzgada cedió para dar cabida al de igualdad.

De tal manera que el objetivo de este artículo es analizar si es procedente o no la aplicación retroactiva del procedente jurisprudencial en Colombia con ocasión de la decisión adoptada en la sentencia T-406 de 2005 en la que, para garantizar el principio de igualdad se desconocieron los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

Es importante precisar que el estudio y análisis de esta sentencia se realiza con la finalidad además, de evidenciar que, la aplicación del método de interpretación judicial del precedente jurisprudencial, implica, no sólo que los Jueces lo apliquen en la función de Administrar Justicia con el rigor que así han establecido las Altas Cortes, sino además, que justamente, éstas -las Altas Cortes- sean igualmente rigurosas al momento de crearlo y además de aplicarlo a diversas situaciones, en las cuales, como se evidencia en este caso en particular, no se realizó el análisis detallado y explícito que exigía el dar al traste con el efecto de cosa juzgada, tanto formal como material, que estaba produciendo la sentencia que originó la producción del acto administrativo, que fue justamente el atacado a través de la acción de tutela que motivó este pronunciamiento.

Problema de investigación

¿Puede afirmarse que es procedente la aplicación retroactiva del precedente jurisprudencial en Colombia según lo decidido por parte de la Corte

Constitucional en la sentencia T-486 de 2005 en la cual se desconocieron los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica al ponderar la aplicación del principio de igualdad a una situación antecedente?

Metodología

Para elaborar este artículo se empleó un método cualitativo porque se aborda el estudio del precedente jurisprudencial en Colombia, no obstante, que el sistema imperante es el del Civil Law, además se empleó un estudio analítico porque a partir del contenido de jurisprudencia de la Corte Constitucional, concretamente de la sentencia T-486 de 2005 se analiza si el procedente jurisprudencial ha sido aplicado de manera retroactiva por tanto, a una situación que ya había sido decidida y frente a la que ya había operado el principio de cosa juzgada.

Plan de redacción

1. Razones que justifican la aplicación del precedente en Colombia.
2. Razones para ir en contra del precedente en Colombia.
3. Aplicación retroactiva. Precedente jurisprudencial y principios de cosa juzgada y de seguridad jurídica vs. Principio de igualdad. Análisis de la sentencia T-486 de 2005.

1. Razones que justifican la aplicación del precedente en Colombia

Para abordar estas razones habrá de partirse de la idea de la obligatoriedad del precedente en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, lo que conlleva, a que no puede interpretarse de manera exegética el artículo 4° de la ley 169 (1896), sólo así, podrá tener asidero esta posición.

Desde el punto de vista de la principialística de orden constitucional,se podría afirmar que el Juez se encuentra sujeto al Ordenamiento Jurídico, de tal manera que, al momento de decidir el conflicto, en tratándose de dos situaciones fácticas equiparables o similares, las decisiones deberán estar encausadas en la misma línea, en aras de garantizar principios como el de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica. Sólo así las personas que deciden hacer uso del derecho de acción, contarán no sólo con las garantías propias que ofrece cualquier organización jurisdiccional tales como las del Juez competente, autónomo y técnico; si no además, con las garantía consistente en que la decisión que sea emitida estará guiada por la efectividad

de los principios aludidos, lo cual, se relaciona de manera directa con el concepto de Estado Social de Derecho. Con relación a este tema el profesor Diego Eduardo López Medina en el texto El Derecho de los Jueces al hablar de las tipologías de forma de autoridad con las que se reviste la Jurisprudencia señala frente a la analogía estricta y la analogía permisiva lo siguiente:

> "Puede decirse, en general, que una cita jurisprudencial analógica es aquella en la que un fallo más reciente cita la ratio decidendi o subregla de una sentencia anterior como norma jurídica aplicable prima facie al caso que se está decidiendo. El vínculo de autoridad que une a las dos sentencias se fundamenta directamente en la analogía fáctica existente entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso presente. Por regla general y siempre que la subregla jurisprudencial (1) sea genuinamente análoga, (2) se identifique adecuadamente su ratio decidendi, (3) no existan motivos suficientes y razonables para cambiar la jurisprudencia, tal citación, dispone del caso, esto es, se trata de un argumento central en el sentido de la definición del mismo. De la misma manera es claro, que este tipo de citas se hace cuando existe una noción clara de precedente vinculante: el caso análogo ya fallado tiene clara fuerza gravitacional sobre el nuevo caso" los cuales son fácilmente detectables en sentencias de la Corte Constitucional".

Y al explicar la tipología de la referencia conceptual común, señala que a diferencia del derecho Anglosajón, la utilización de la jurisprudencial en Europa continental ha sido conceptualista y que:

> "El análisis jurisprudencial usual en Colombia no se elabora en torno a situaciones fácticas bien delimitadas, sino, más bien, en torno a un referente conceptual común. Por esta razón, la búsqueda de la jurisprudencia relevante se hace con la ayuda de los tesauros conceptuales y no a través de la identificación de analogías fácticas entre sentencias."[2]

Y esto encuentra relación directa con el principio de motivación de la sentencia que le exige al Juez el fundamentar las decisiones teniendo en cuenta la jurisprudencia existente, en la que, después de un estudio decantado de una situación fáctica en concreto, la autoridad judicial, establece una subregla de derecho, que es perfectamente aplicable a un nuevo conflicto intersubjetivo de intereses que se encuentra pendiente de ser resuelto, con el argumento consistente en que, dicha subregla, proviene de aquél al cual se le otorga la competencia de establecer el precedente jurisprudencial, sustentado no sólo en el Ordenamiento Jurídico sino además, en la dinámica de la realidad social.

2 López Medina, Diego Eduardo. (2006). El derecho de los Jueces. diego Eduardo López Editorial Legis. https://es.scribd.com/document/390190676/El-Derecho-de-Los-Jueces-Diego-Eduardo-Lopez-Medina, 112-115.

En defensa del precedente, se dice que no se afecta la independencia o autonomía judicial por cuanto estos principios procesales tienen como finalidad que el Juez al momento de adoptar una decisión lo haga sin ningún tipo de presión externa (de otras Ramas del Poder Público) o internas (de los mismos miembros de la Rama Judicial) lo que garantiza la imparcialidad y que se hagan de lado prejuicios, que deben ser superados con la valoración del acervo probatorio recaudado, después de velar por el cumplimiento de principios como legalidad, el de bilateralidad de la audiencia y contradicción, de tal suerte que, el tener la jurisprudencia como fuente formal de derecho de manera vinculante, en nada se afecta el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, el contenido del artículo 10° de la ley 153 (1887) que fue modificado por el 4° de la ley 169 (1896) no puede interpretarse de una manera exegética sino desde el contexto de una ideología que evoluciona y que entiende que los sistemas legales imperantes en el mundo, cada vez están menos distantes, por cuanto, ordenamientos jurídicos guiados por la tradición del Civil Law, hoy en día reconocen la importancia del precedente jurisprudencial como criterio de interpretación, el cual ha sido el imperante en los sistemas del Common Law. Por lo tanto, para quienes defienden esta posición, la Constitución al ser norma de normas, y al ser Corte Constitucional la guardiana de ella, sus decisiones se vuelven vinculantes, en tanto, uno de los ámbitos de validez de cualquier normas es que no sea contraria a la Carta Política, mas allá, del ámbito de validez temporal y espacial, por lo que, el artículo 4° Constitucional al establecer su supremacía, implica que se respete el precedente como garantía de los derechos a la igualdad, la seguridad jurídica y la cosa juzgada.

Es importante anotar que mediante la sentencia C-037 de 1996 se definió el alcance del artículo 48 de la ley 270 (1996), en tanto la Corte Constitucional es la llamada a velar por la supremacía e integridad de la Constitución, por lo que en ella recae la responsabilidad de interpretar y definir los alcances de la Carta Política, de tal manera que resulte inconstitucional el entender que sólo el legislativo interpreta por vía de autoridad, en tanto, ello es predicable frente a las leyes en aplicación del artículo 150-1 Constitucional, más no frente a la norma de normas. Por lo que agrega que la expresión "Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la república tiene carácter obligatorio" es abiertamente contrario a lo que establece el artículo 158 ibídem que regula la unidad en materia de proyectos de ley, porque se trata de un asunto diferente a lo que se regulan a través de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia. De

ahí que, se establece que las expresiones "solo" y "el Congreso de la República" son inexequibles, de tal suerte que la interpretación que por vía de autoridad, hace la Corte Constitucional, también tiene ese carácter de obligatoriedad. Agrega además, que en aplicación del artículo 243 Constitucional la cosa juzgada constitucional opera cuando se dictan sentencias en ejercicio del control jurisdiccional, lo cual es concordante con el 241 en el cual se le asigna la función de "guarda de la integridad y supremacía de la Constitución". Para llegar a la conclusión que el artículo 48 de la ley 270 (1996) es constitucional, salvo las expresiones antes mencionadas; se diferenció además, la parte resolutiva de la parte considerativa de la sentencia, de tal manera que la parte de la sentencia que produce el efecto de cosa juzgada es la resolutiva, mientras que las consideraciones son criterios auxiliares de interpretación judicial, salvo que se trate de los argumentos que guarden estrecha, necesaria e inescindible relación con la parte resolutiva, los cuales tendrán ese carácter vinculante. Los demás argumentos, es decir, que no sirven de "soporte directo" a la decisión, no producirán este efecto.

Fue así, como a través de la sentencia SU-047 de 1999 al analizar un problema jurídico que no ha de ser abordado en este artículo, se estableció que si bien es cierto, todas las Altas Cortes deben ser consistente al momento de tomar decisiones, a veces, bajo determinadas situaciones es posible que se aparte de ellas. Y esto debe suceder de manera excepcional en aras de no trasgredir principios como el de igualdad y el de seguridad jurídica. De tal manera que a la Corte Constitucional, en aplicación del mencionado artículo 241, le corresponderá realizar las modificaciones de la jurisprudencia por ella creada, incluso cuando sea de carácter vinculante, evento en el cual, se deben invocar razones que sean de peso para que proceda dicha rectificación jurisprudencial.

En adición a la defensa de esta posición, ha de decirse que con la aplicación del precedente pareciera que deviene la inconstitucionalidad del artículo 4° de la ley 169 (1896), sin embargo, en la sentencia C-836 de 2001 se estableció su exequibilidad condicionada, al señalar que la jurisprudencia puede ser entendida como un sistema fuerte de precedente y no solamente como doctrina legal probable; interpretación a través de la cual se busca dar un tratamiento unificado de toda la jurisprudencia de todas las Altas Cortes como órganos de cierre, en aras de evitar la dispersión que hasta el momento se venía presentando en la toma de decisiones. Por lo que, interpretó que el artículo en mención es una norma aplicable a todas las Altas Cortes, incluidas las que no existían para el momento de entrada en vigencia de la Constitución Política.

Ante la crítica consistente en que con el precedente se afecta la función creativa de los Jueces por cuanto al momento de decidir deben tener en cuenta las decisiones que al respecto ha adoptado la jurisprudencia en casos similares, sostienen quienes defienden su aplicación, que las decisiones de los jueces también son tomadas como fuentes formales del derecho, que se adaptan a los cambios sociales y que, en todo caso, al Juez le queda la posibilidad de apartarse del mismo en eventos en que ello, se halle justificado, verbigracia, cuando el asunto que se somete a estudio, desde lo fáctico, no es idéntico, evento en el cual, deberá justificar su posición.

Por lo tanto, cuando el artículo 230 de la Constitución Política establece que el Juez está sometido en sus decisiones al imperio de la ley, ese concepto no debe entenderse de manera exegética, por el contrario, debe ser abordado a través de una interpretación armónica del Ordenamiento Jurídico, de tal suerte que la expresión "ley" ha de entenderse como "derecho" para entender incluída la jurisprudencia, ya no como criterio auxiliar de interpretación, sino como fuente formal con criterio vinculante. Al respecto, en el texto El precedente Judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes se señala que:

> "…En este sentido ha continuado la tendencia de la Corte Constitucional para consolidar al día de hoy la interpretación vigente en el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, al decir que los jueces no solo están sometidos al imperio de la ley, sino también a los precedentes jurisprudenciales emanados por las altas cortes. Al respecto se destacan las reglas jurisprudenciales demarcadas por la Corte Constitucional en la sentencia C 539 de 2011 al decir que: (1) todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional , lo cual implica el necesario acercamiento del precedente judicial emanado de las altas cortes, (2) El entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, (3) Todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las altas cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, (4) El respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta en el respeto al debido proceso , en que las decisiones no pueden ser arbitrarias, en que las actuaciones y decisiones administrativas deben respetar la igualdad, (5) En caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde prioritariamente al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia, (6) En caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia, corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas, evidenciar los diferentes criterios aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos."[3]

3 Rameli, Alejandro y otros. (2015). El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes. Editorial Universidad de Medellín, https://investigaciones-pure.udem.edu.co/es/publications/libro-el-precedente-judicial-y-el-ejercicio-del-derecho-ante-las- , 170-171.

Para finalmente sostenerse, que el precedente, independiente del sistema legal imperante (Civil Law y Common Law) ha ido cobrando importancia en la decisión judicial por cuanto permite llenar vacíos, interpretar de manera armónica el Ordenamiento Jurídico, complementar los códigos y otras fuentes tradicionales del derecho; así como garantizar la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima en la Administración de Justicia.

2. Razones para ir en contra de la aplicación del precedente en Colombia

A continuación se presentarán argumentos que sirven de fundamento para ir en contra del precedente jurisprudencial como criterio de interpretación vinculante en la decisión jurisdiccional.

1. Al revisar el artículo 4° de la ley 169 (1896) se observa de su redacción, que lo que allí se establece es la doctrina legal probable y se dispone que, bien puede la autoridad judicial apartarse de lo decidido por la Alta Corte al encontrar que las decisiones son erróneas, lo que permite evidenciar que se trata de un criterio auxiliar en la interpretación judicial y no de uno vinculante en la decisión jurisdiccional.

2. Nótese que de la lectura cuidadosa del artículo 230 Constitucional se desprende que la fuente formal del derecho es la ley, de tal manera que la jurisprudencia, junto con la equidad y los principios generales del derecho, son criterios auxiliares en la actividad que debe realizar quien ejerce función jurisdiccional.[3]

3. En consonancia con lo anterior, el artículo 48 de la ley 270 (1996), Estatutaria de la Administración de Justicia establece que:

> "Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general. 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces."

Y es en este escenario, que se suscita la discusión sobre la competencia que tiene la Corte Constitucional al momento de hacer el examen de las normas a fin de determinar si son exequibles o no. Es decir, ¿cómo determinar el lindero

que divide esta función de la de carácter legislativo en cabeza del Congreso de la República? Y ¿cómo garantizar que con el actuar de la mencionada Corte no se está trasgrediendo el principio de legalidad? Justo en este punto, resulta de particular importancia, el retomar el análisis la sentencia C-836 de 2001 que como se mencionó renglones arriba, estableció la exequibilidad condicionada del artículo 4° de la ley 169 (1896) al señalar que la jurisprudencia podía ser entendida como un sistema de precedente, por ende vinculante y no solamente como doctrina legal probable, invocando que con ello se garantizan principios como el de igualdad y seguridad jurídica, al contar con este "método" que permite la unificación no sólo de la jurisprudencia, sino además, de todas las decisiones judiciales cuando se trate de situaciones fácticas análogas.

Empero, podía la Corte Constitucional dentro de sus competencias definir ese alcance, auto atribuyéndose esa función la cual pareciera más del legislador, ante el cual se deben agotar varios debates en las dos cámaras que lo integran, con un procedimiento que exige un formalismo, que atiende justamente, al principio de legalidad, que se encuentra contenido igualmente en la Constitución Nacional. Con el agravante que sus decisiones en tal sentido ya no cuentan con una instancia judicial a la cual acudir. Y es que cuando el artículo 4° de la ley 169 (1896) utiliza la palabra "podrán" ha de entenderse que es facultativo del Juez acudir a la doctrina legal probable porque justamente es criterio auxiliar de interpretación. Empero, si en la sentencia en mención se estableció su exequibilidad condicionada, al señalar que la jurisprudencia puede ser entendida como un sistema fuerte de precedente y no solamente como doctrina legal probable, es porque ya no se trata de una facultad, sino de un imperativo, de tal manera que el verbo que habrá de ocupar el lugar de aquél es "deberán", sólo así, es que puede sostenerse la vinculatoriedad del precedente, y ese alcance que vía interpretación jurisprudencial se le da a esa norma, pareciera una competencia propia del legislador y no de una autoridad judicial de cierre.

Aunado a ello, se tiene que con el precedente se va en contra del principio de independencia y autonomía judicial, en tanto, deben tenerse en cuenta los pronunciamientos de las Altas Cortes a fin de tomar una decisión, de tal manera que el Juez, independientemente de lo que se encuentre establecido en la ley y de la aplicación de principios de carácter constitucional, después de un juicioso ejercicio de ponderación, así arribe a una decisión contraria, tendrá que ceder ante ello, en razón a la existencia del procedente, que le impone la toma de una decisión porque ya una Alta Corte se pronunció frente a un tema análogo, con la advertencia, que para apartarse de él, tendrá que justificar con suficiencia de argumentos, la razón de ello, son pena de prevaricar. De tal manera que si los principio de independencia y autonomía deben ser

entendidos, el primero de ellos, del Juez frente a las otras Ramas del Poder Público y el segundo, del Juez frente a sus superiores funcionales, ello no acontece cuando al que es de inferior categoría se le impone pensar de la manera como lo hacen las Altas Cortes, como si existiera una relación de subordinación, que es aplicable en otros escenarios, pero no en la Rama Judicial, la cual se caracteriza por una jerarquía de carácter funcional de revisión de decisiones en atención a grados de conocimiento.

Esta situación, incide de manera directa en la función creativa del Juez al momento de resolver un conflicto, por cuanto, ya no será la boca que pronuncie lo que la ley dice, sino lo que dice la jurisprudencia, lo cual pareciera un retroceso en lugar de un avance. De tal manera que la evolución del Derecho o su petrificación dependerá en gran medida de las decisiones que adopten las Altas Cortes y no del Juez de inferior categoría. Por lo tanto, el principio de motivación se cumplirá al invocar el precedente jurisprudencial y al realizar la valoración de las pruebas de manera individual y luego en conjunto para arribar a la subregla ya existente y que es de carácter vinculante.

En adición, el decreto 2591 (1991) en el artículo 36 establece la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación al señalar que:

> "EFECTOS DE LA REVISION. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta"

norma que fundamenta el efecto inter partes de la sentencia, y por ende, la no obligatoriedad del precedente como criterio de interpretación para quien ejerce función jurisdiccional.

De tal manera, que sea apenas entendible, que el precedente tenga carácter vinculante en sistemas legales del Common Law (Común Anglosajón), al no ser sistemas legislados como acontece con el Civil Law que tienen su origen en el derecho Romano Germánico y que es el imperante en Colombia.

3. Aplicación retroactiva. Precedente jurisprudencial y principios de cosa juzgada y de seguridad jurídica vs. Principio de igualdad. Análisis de la sentencia T-486 de 2005

Si se tiene en cuenta que el principio de cosa juzgada se relaciona de manera directa con el de seguridad jurídica, por cuanto una decisión judicial

manera directa con el de seguridad jurídica, por cuanto una decisión judicial proferida en relación con un determinado problema jurídico y entre determinadas partes no puede ser objeto de nuevo pronunciamiento judicial dada su inimpugnabilidad y por ende, inmodificabilidad, resulta interesante en este escenario proceder a hacer el análisis de la sentencia T-486 del 12 de mayo de 2005 que resolvió un conflicto entre dos empresas de telecomunicaciones, y en la que la parte accionante señaló que no se trataba de un caso en el que se pretendiera un nuevo pronunciamiento sobre asunto ya decidido, sino la aplicación del principio de igualdad porque a situaciones fácticas iguales no se les debía dar un tratamiento diferente en razón a que las decisiones hayan sido, objeto o no de revisión por la Corte Constitucional.

Para facilitar la comprensión del problema jurídico que se aborda, se elabora un cuadro comparativo entre el contrato que motivó la interposición de la acción de tutela que dio origen a que, en sede de revisión se profiriera la sentencia T-486 de 2005 y otro contrato que no es el objeto de estudio en la mencionada acción constitucional, pero que si se analiza para efectos de justificar que se viola el principio de igualdad y que corresponde a la sentencia T-178 de 2004.

Cuadro comparativo 1
(Se relacionan algunos apartes de la sentencia)

Contrato que motiva esta acción de tutela pero no es en sí el objeto de ella	Contrato materialmente igual que no es objeto de esta acción de tutela pero se analiza
Entre colombia telecomunicaciones s.a. e..s.p. y empresas publicas, se celebró un contrato el 22 de noviembre de 1999 de acceso, uso e interconexión.	Telecom en liquidación hoy colombia telecomunicaciones s.a. e.s.p. celebró contrato de acceso, uso e interconexión con la empresa de telecomunicaciones de bogotá e.s.p. –etb- el 23 de junio de 1999.
Se solicitó por la primera que la comisión de regulación en telecomunicaciones interviniera ante un conflicto suscitado entre ambas empresas con la aplicación de opción de cargos de acceso por capacidad.	Se solicitó por la primera que la comisión de regulación en telecomunicaciones interviniera ante un conflicto suscitado entre ambas empresas con la aplicación de opción de cargos de acceso por capacidad.
Epm interpuso acción de tutela en contra de la comisión de regulacion de telecomunicaciones y el ministerio de comunicaciones al considerar violado el debido proceso con su intervención administrativa en relación con el mencionado conflicto.	Etb interpuso accion de tutela en contra de la comisión de regulación de telecomunicaciones y el ministerio de comunicaciones al considerar violado el debido proceso con su intervención.
la solicitud de tutela no prosperó en primera instancia por improcedente ante el tribunal contencioso administrativo de antioquia, decisión que fue revocada por el consejo de estado en sentencia del 4 de septiembre de 2003 en la que concedió el amparo y le ordenó a la comisión de regulación de telecomunicaciones abstenerse de resolver el conflicto planteado.	el tribunal de bogota el 29 de mayo de 2003 en primera instancia declaró improcedente la acción de tutela, en segunda instancia por el consejo de estado fue revocada la decisión mediante sentencia del 24 de junio de 2003 concediendo el amparo y dando la orden a la comisión de regulación de telecomunicaciones que se abstuviera de resolver el conflicto.

Como consecuencia de la orden dada en el fallo de tutela que había producido el efecto de cosa juzgada, la comisión de regulación de telecomunicaciones expidió la resolución 816 de 2003 para dar cumplimiento al fallo absteniéndose de intervenir en dicho conflicto.	Como consecuencia de la orden dada en el fallo de tutela que había producido el efecto de cosa juzgada, la comisión de regulación de telecomunicaciones expidió la resolución 817 de 2003 para dar cumplimienyo al fallo, absteniendose de intervenir el dicho conflicto.
Esta tutela no fue seleccionada para revisión. de tal manera que la sentencia de segunda instancia adquirió firmeza y produjo el efecto de cosa juzgada formal y material.	Esta tutela si fue seleccionada para revisión. por lo que, mediante sentencia t-178 de 2004 se revocó la sentencia del consejo de estado con el argumento de existir otro medio de defensa judicial, consistente en poder acudir al tribunal de arbitramento en razón al pacto arbitral existente, y por ello, la empresa colombia telecomunicaciones s.a. e.s.p. solicitó a la comisión de regulación de telecomunicaciones que declarara la fuerza de pérdida de ejecutoria de la resolución 817 por la cual se abstuvo de decidir el conflicto y reanudar el trámite de la actuación administrativa.

Adicionalmente, dada la complejidad de los problemas jurídicos que se abordan en la sentencia T-486 de 2005, y de los planteamientos que se analizarán en este artículo, en aras de facilitar su comprensión, se relacionan y sintetizan los siguientes aspectos: Accionante, accionado, tema que se aborda, las peticiones de la tutela, los argumentos de la parte accionante, los derechos que se consideran vulnerados, los argumentos para la defensa de la parte accionada, los problemas jurídicos en los que se centra la Corte Constitucional, los problemas jurídicos que no se abordaron que, como más adelante se explicará, requerían de pronunciamiento expreso y frente a los cuales no se hizo análisis alguno.

Cuadro explicativo 2
(Se relacionan algunos apartes de la sentencia)

Accionante.	Empresa colombia de telecomunicaciones s.a. e.s.p..
Accionado.	Comisión de regulación de telecomunicaciones –crt-
Magistrado ponente.	Alfredo Beltrán Sierra.
Expediente.	T-1042764
Tema que se aborda.	Se trata de un caso en que no se pretende un nuevo pronunciamiento sobre un asunto ya decidido sino aplicación al principio de igualdad porque a situaciones fácticas iguales no se les debe dar un tratamiento diferente, en razón a que las decisiones hayan sido objeto o no de revisión por la corte constitucional. esta circunstancia es un hecho nuevo que no puede pasarse por alto, pues conforme a su función, la corte no puede sustraerse al deber jurídico de hacer efectivo el derecho fundamental a la igualdad.

Sentencia de tutela de primera instancia.	El juzgado tercero civil del circuito de bogotá, negó el amparo constitucional solicitado. considera que en el caso que se examina la comisión de regulación de telecomunicaciones no ha vulnerado ningún derecho fundamental, pues se ha limitado a dar cumplimiento a una decisión judicial adoptada en el curso de la acción de tutela promovida por empresas públicas de medellín contra la comisión de regulación de telecomunicaciones y el ministerio de comunicaciones, decisión que se encuentra ejecutoriada, hizo tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, es de obligatorio cumplimiento.
sentencia de tutela de segunda instancia.	el tribunal superior de bogotá, sala civil, confirmó el fallo impugnado en un breve sentencia en la cual sostuvo que las sentencias proferidas en acciones de tutela solamente tienen efectos interpartes, a menos que se trate de fallos de unificación, los cuales deben ser observados por los jueces en la aplicación de los casos puestos a su conocimiento y en este orden de ideas la accionada dio cumplimiento a la orden impartida.
petición.	en aplicación del derecho a la igualdad solicitó la accionante se declarara la pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución 816 de 2003 por la cual dispuso abstenerse de adelantar el trámite administrativo de solución del conflicto surgido con epm, la cual fue negada bajo el argumento de existir sentencia en firme que ordena lo contrario.
Derechos incovados como violados.	El derecho a la igualdad, al debido proceso, a la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y la supremacía de la doctrina constitucional respecto de las decisiones de instancia en sede constitucional. se desconoce el precedente implícito de las sentencias de la corte constitucional en las que se ha decidido que la competencia de la crt para resolver los conflictos surgidos con ocasión de los contratos celebrados por empresas de telecomunicaciones no es susceptible de ser decidido a través de acción de tutela al existir otros mecanismos de defensa judicial estando en firme la sentencia del consejo de estado que dice lo contrario al no haber sido seleccionada para revisión por la corte constitucional.
Legitimación en causa por activa.	Colombia telecomunicaciones s.a. e.s.p. se ha subrogado en los contratos de acceso, uso e interconexión celebrados por -telecom- en liquidación según el artículo 14 del decreto 1616 de 2003, por lo que, se legitima en causa por activa a contratos celebrados antes del 12 de junio de 2003 que es la fecha desde la que existe como persona jurídica.
Fundamento fáctico invocado por la accionante.	Son los relacionados en el cuadro número 1, al realizar el comparativo entre los contratos de acceso, uso e interconexión que se analizan.

Defensa de la accionada.	En este caso particular la pretendida vulneración de los derechos fundamentales se deriva de una decisión judicial proferida por el consejo de estado, que la comisión de regulación de telecomunicaciones se encuentra en la obligación de acatar, y no deriva del acto administrativo en sí, el cual se limitó a declarar la persistencia de los supuestos fácticos y jurídicos de la suspensión y la imposibilidad de dar aplicación al artículo 66 del c.c.a., por cuanto la decisión se encuentra contenida en una decisión judicial y no en un acto administrativo. cosa distinta sería que ante la ausencia de un mandato judicial y, con el fin de dar igual tratamiento jurídico a una situación de hecho la autoridad administrativa se valiera de los criterios establecidos por la corte constitucional, para su aplicación al caso particular y concreto.
Problemas jurídicos que se analiza en la sentencia.	¿podía la comisión de regulación de telecomunicaciones acceder la solicitud de colombia telecomunicaciones e.s.p. de declarar la pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución 816 de 2003 mediante la que, en cumplimiento de sentencia del consejo de estado del 4 de septiembre de 2003, se abstuvo de continuar con la actuación administrativa de solución del conflicto presentado entre epm y colombia telecomunicaciones y, en consecuencia, reanudar esa actuación administrativa si con posterioridad a ello la corte en sentencias t-088 y 178 de 2004 resolvió de manera diferente en casos similares? ¿podrá afirmarse que los pronunciamientos contenidos en las sentencias t-178 y t-088 de 2004 constituyen hechos nuevos que permitan dejar sin efecto lo decidido por el consejo de estado en la sentencia del 4 de septiembre de 2003?
Decisión.	Conceder el amparo constitucional solicitado. en consecuencia, se ordena a la comisión de regulación de telecomunicaciones –crt- que frente a la solicitud presentada por colombia telecomunicaciones en relación con la acción de tutela de empresas públicas de medellín eeppm contra la comisión de regulación de telecomunicaciones, se le dé tratamiento jurídicamente igual en el trámite de la misma al que se otorgó a las empresas a que se refieren la sentencias de tutela t-088 y t-178 de 2004.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a analizar la parte considerativa de la sentencia, frente a lo cual habrá de decirse que la Corte Constitucional señaló que en principio las sentencias denominadas T surten efectos inter partes según el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, empero, ello no es absoluto porque al hacerse el estudio de constitucionalidad mediante la sentencia C-037 de 1996 de la ley 270 (1996), encontró exequible condicionado el numeral 2° del artículo 48 que resaltó la doctrina constitucional implícita que se encuentra en las sentencia, más allá de los efectos inter partes porque cumplen las siguientes funciones: 1) unificar

jurisprudencia y por ende los criterios de interpretación 2) precisar el alcance de los derechos fundamentales, 3) trazar pautas para procedencia y desarrollo de ese mecanismo de protección y 4) sentar doctrina constitucional que debe ser aplicada por los jueces a falta de norma en concreto.

De tal manera que, como lo planteó la accionante, el mismo conflicto contractual que se sometió a estudio, fue el que se presentó en otros contratos similares celebrados por ella, los cual también dieron lugar a la presentación de varias acciones de tutela y que estos fallos, a diferencia del que motivó esta acción de tutela, sí fueron seleccionados para revisión por la Corte Constitucional, quien negó el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados como vulnerados, por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial de protección, específicamente el acudir al Tribunal de Arbitramento contractualmente acordado.

Por lo tanto, al ser invocados por la accionante como derechos violados, el de igualdad, debido proceso, prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, hallaron que el origen de la trasgresión a todos estos derechos, radica en que se desconoce el precedente implícito de las sentencias de la Corte Constitucional en las que se ha decidido que la competencia de la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones para resolver los conflictos surgidos con ocasión de los contratos celebrados por empresas de telecomunicaciones, no es susceptible de ser decidido a través de acción de tutela al existir otros mecanismos de defensa judicial como lo es acudir al Tribunal de Arbitramento hacer uso del pacto arbitral; al encontrarse en firme la sentencia del Consejo de Estado que dice lo contrario, como consecuencia de no haber sido seleccionada esta providencia para revisión por la Corte Constitucional y que, por ende, se encuentra surtiendo efectos para la accionante.

Consideró igualmente, que la acción interpuesta resulta procedente ante la falta de un mecanismo judicial idóneo de protección de los derechos fundamentales, ante las particulares circunstancias que le dieron origen a ella, porque en el hipotético caso de que exista otro medio de defensa judicial, en el presente caso se presenta un perjuicio irremediable que amerita la protección transitoria de los derechos fundamentales, el cual consiste en la imposibilidad de adelantar el proceso de solución de controversias ante la Comisión de Regulación en Telecomunicaciones.

Con todo, analizado el asunto desde la perspectiva constitucional, encontró la Corte que con independencia de la decisión adoptada por el Consejo de Estado, lo cierto es que ante situaciones iguales planteadas a través de acción de tutela, incluso por otras empresas de telecomunicaciones respecto de decisiones idénticas a la que se somete a estudio, se resolvió de manera diferente; circunstancia que constituye un hecho nuevo que no puede pasarse

por alto, y por ello, no puede sustraerse a su función de hacer efectivo el derecho fundamental a la igualdad de la accionante.

Señaló además, en la parte motiva de la sentencia, que la revisión tiene un sentido y una finalidad superiores, de no ser así, la selección discrecional que ejerce la Corte en la revisión de las acciones de tutela, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 del decreto 2591 (1991), se convertiría en una actuación arbitraria por cuanto se estaría estableciendo una tercera instancia, a la que solamente accederían quienes se encuentran involucrados en el caso controvertido, dejando por fuera de dicha posibilidad a una gran parte de personas que también acuden a la acción constitucional en búsqueda del amparo de sus derechos, con lo cual se desconocería abiertamente el principio a la igualdad, así como el derecho de acceso a la administración de justicia. Como consecuencia de lo anterior, concedió el amparo solicitado ordenando a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que frente a la solicitud presentada por la accionante, se le dé un tratamiento jurídicamente igual al establecido en sentencias proferidas en otras acciones de tutelas en las que se resolvieron casos análogos, propiamente las T-088 y T-178 de 2004.

Frente a esta decisión, ha de mencionarse que existen otros problemas jurídicos que no se analizaron en la sentencia y frente a los que, se considera, era importante pronunciamiento expreso.

Ha de observarse del análisis detallado de esta sentencia que, so pretexto de aplicar el principio a la igualdad, se sacrificaron los principios de cosa juzgada y de seguridad jurídica que ya habían operado frente a un asunto que había sido resuelto en sede de tutela, y frente al que la sentencia, estaba produciendo plenos efectos jurídicos. Frente a lo que habrá de decirse, que se dio aplicación del precedente jurisprudencial a una situación que ya había sido decidida con anterioridad a la existencia del mismo, y en momento alguno se abordó el fenómeno de la retrospectividad, ni el de la retroactividad, y si alguno de ellos era aplicable en este asunto, al no tratarse de una ley, sino de jurisprudencia. Y es que nótese que en últimas, lo que aconteció, fue que se aplicó un precedente posterior, a una situación anterior que ya había sido decidida.

Es de anotar que, en el ámbito de validez temporal de las normas, existe normativa expresa que da cuenta de los eventos en los cuales opera la retroactividad, tal y como acontece con la ley 153 (1887), y en el evento de la retrospectividad, la jurisprudencia ha sostenido argumentos para justificarla. Sin embargo, en materia de precedente ello no acontece, por lo que, debía ser abordado este tema dentro de la parte considerativa de la sentencia, en razón, a que se decidió dejar sin efectos una sentencia que ya contaba con la impronta que ofrece la cosa juzgada, dado que la consecuencia inexorable fue el atentar

en contra del principio al Debido Proceso, en contra del principio de confianza legítima y de seguridad jurídica.

Y es que no puede perderse de vista que el que el precedente tiene como finalidad el ser aplicado a situaciones futuras, no a situaciones pasadas como aconteció en la sentencia T-486 de 2005. Frente a este aspecto, es importante mencionar lo señalado por Julio César Cueto Rúa en el texto denominado El Common Law:

> "El Common Law se presenta como un ordenamiento jurídico debido a la creación judicial . Las sentencias que se van dictando traducen la aplicación de normas generales extraídas de sentencias precedentes, luego de habérselas generalizado mediante la eliminación de los hechos irrelevantes y la categorización de los relevantes. Al mismo tiempo, esas nuevas sentencias que se van dictando constituyen nuevos precedentes para casos futuros. El conjunto nos pone en evidencia un ordenamiento dinámico, in fieri, reajustándose, puliéndose y modificándose permanentemente, para hacerse cargo de la cambiante situación social y permitir su progresivo desenvolvimiento, sin tener que soportar los inconvenientes que resultan de la rigidez conceptual de un Código. Esto bastaría de por sí, sin necesidad de recurrir al recuerdo de su apego por la tradición, para comprender la resistencia inglesa y norteamericana a la codificación de su derecho privado".[4]

Sin que pueda dejarse de lado, el contenido de la sentencia SU-047 de 1999 en la que se estableció que, a veces, bajo determinadas situaciones es posible que una Alta Corte se aparte de su propio precedente, lo cual como se dijo anteriormente, debe darse de manera excepcional porque justamente se busca proteger los principios de igualdad y de seguridad jurídica, evento en el cual debe invocar argumentos con la fuerza suficiente para justificar la rectificación jurisprudencial, todo en aplicación al principio de motivación. Ello conlleva a concluir -aunque no se trate de la misma situación- que en la sentencia T-486 de 2005 era indispensable realizar en la parte motiva, todas esas consideraciones encaminadas a demostrar que era jurídicamente viable sostener la necesidad de que se desconocieran principios como el de cosa juzgada, seguridad jurídica y confianza legítima al ponderar el de igualdad, por cuanto, la manera como se decidió, -con la aplicación retroactiva del precedente- lo desnaturaliza como tal.

Además, es importante precisar que cuando se emitió la orden a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones de dar un tratamiento igual a la parte accionante, nada se dijo en relación a dejar sin efecto la sentencia proferida por el Consejo de Estado, a través de la cual se derivó el acto administrativo atacado, en vista de que dicho fallo, ya había producido el

4 "El Common Law", Julio César Cueto Rúa . 1997. Editorial Abeledo-Perrot. Pagina 85-86

efecto de cosa juzgada formal y material. Con el componente adicional que al darse la orden de tutelar los derechos invocados, el amparo no tuvo origen en una violación atribuible a los accionados, sino a un precedente que se gestó con posterioridad al acaecimiento de los hechos que fueron, en su momento, objeto de pronunciamiento y que se aplicó de manera retrospectiva, bajo el argumento de tratarse de un hecho nuevo que ameritaba la tutela constitucional por desconocer el precedente jurisprudencial implícito; situaciones que evidencian, que el precedente constitucional eventualmente podría estar en contravía de normas propias del Ordenamiento Jurídico Colombiano el cual se encuentra impregnado por el sistema legal del Civil Law.

Conclusiones

Por lo que habrá de decirse que si en Colombia se defiende la tesis del precedente jurisprudencial, es claro que debe ser aplicado con el rigorismo que implica el no usurpar funciones de las otras ramas del poder público, particularmente del legislativo, evento en el cual, resulta problemático el establecer el límite preciso hasta el que la Corte Constitucional puede pronunciarse sin que exceda sus competencias y termine actuando como legislador, tal es el caso de la sentencia C-836 de 2001 que estableció la exequibilidad condicionada del artículo 4° de la ley 169 (1896) al señalar que la jurisprudencia puede ser entendida como un sistema fuerte de precedente y no solamente como doctrina legal probable a través de la cual se busca dar un tratamiento unificado de toda la jurisprudencia, por lo que no es criterio auxiliar sino que es vinculante al interpretar la expresión "podrán" como "deberán" lo cual, podría eventualmente, ir en contra del principio de legalidad entendido como un asunto que debe ser legislado por el Congreso de la República y no por la Corte Constitucional.

Exige igualmente a todos los jueces y magistrados sumo cuidado al determinar que ya existe precedente con la indicación de las razones que dan paso a su aplicación en aras de no hacerlo extensivo a situaciones que no guardan la identidad requerida.

La Corte Constitucional en la sentencia T-486 de 2005 bajo el argumento de la aplicación del precedente, lo que decidió a través de este pronunciamiento fue hacer extensivos sus efectos a una decisión antecedente, frente a la que ya había operado el principio de cosa juzgada. Esta decisión la fundamentó en la aplicación del principio de igualdad y ello conllevó a que se diera aplicación retroactiva de lo decidido. Empero, a pesar de lo acontecido, en momento alguno, de la parte considerativa de la sentencia se desprende que

se hubiera hecho el análisis de esta situación.

De tal manera que con esta decisión no sólo se desconocen los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, sino que además, se da una aplicación indebida del precedente, el cual debe ser antecedente a la situación que se encuentra pendiente de decisión y no la inversa, como efectivamente aconteció en la sentencia T-486 de 2005, en la que una nueva decisión, se aplicó a una situación anterior que ya había sido objeto de pronunciamiento judicial, todo ello bajo el argumento de la aplicación del principio de igualdad.

De tal manera, que si a todos los jueces les ha de ser vinculante el precedente, es a la Corte Constitucional, a quien le asiste, el imperativo de ser rigurosa, no sólo al momento de crearlo, sino además de aplicarlo; en aras de que se protejan principios fundamentales como el de la igualdad, sin desconocer otros como el de cosa juzgada y seguridad jurídica que también son pilares del Estado Social de Derecho.

Referencias bibliográficas

Consejo Nacional Legislativo. (1887, 15 de abril). Ley 57 de 1987. Código Civil de Colombia. Diario Oficial n.º 7019 **https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1789030**

Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional n.° 116. **http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica**

Cueto Rúa, Julio César. (1997). El Common Law, Editorial Abeledo-Perrot. Pág. 85-86.

Decreto 2591 de 1991 (noviembre 19). Congreso de la república. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial n.° 40.165. **https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=5304**

Ley 153 de 1887 (15 de agosto). Congreso de la República. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 dey 886 y la 57 de 1887. Diario oficial n.°7.152. **https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=15805**

Ley 169 de 1896 (diciembre 31) Congreso de la república. Por la cual se regulan algunas reformas judiciales. Diario Oficial n.° 0.235. **http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1653429**

Ley 270 de 1996 (marzo 7) Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial n.°42.745. **https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6548**

López Medina, Diego Eduardo. (2006). El derecho de los Jueces. diego Eduardo López Editorial Legis. https://es.scribd.com/document/390190676/El-Derecho-de-Los-Jueces-Diego-Eduardo-Lopez-Medina, 112-115.

Rameli, Alejandro y otros. (2015). El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes. Editorial Universidad de Medellín **https://investigaciones-pure.udem.edu.co/es/publications/libro-el-precedente-judicial-y-el-ejercicio-del-derec ho-ante-las- , 170-171.**

Sentencia C-836 de 2001 (9 de agosto) M.P. Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-3374 **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm**

Sentencia C-037 de 1996 (5 de febrero) M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente P.E.008. **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm**

Sentencia SU-047 de 1999. (29 de enero) M.P. Carlos Gaviria Díaz. Expediente T-180.650. **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm**

Sentencia T-088 de 2004. (5 de febrero) M.P. Jaime Córdoba Triviño. Expediente T-771028. **https://normograma.mintic.gov.co/mintic/docs/pdf/t-088_2004.pdf**

Sentencia T-178 de 2004. (3 de marzo). M.P. Jaime Córdoba Triviño. Expediente acumulados T-773691, T-784949, T-786289, T-786293 y T-786298. **https://normograma.mintic.gov.co/mintic/docs/pdf/t-178_2004.pdf**

Sentencia T-486 de 2005. (12 de mayo). M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Expediente T-1042764. **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-486-05.htm**

El análisis de contexto en la decisión judicial transicional: el forcejeo entre la verdad y la paz.

Carlos Andrés Pérez Alarcón[1]

Resumen: La búsqueda de la verdad en ilación precisa con lo que en realidad acaeció en un determinado momento -"verdad por correspondencia"- es un objetivo encomiable de la decisión judicial. Sin embargo, es cuestionable que sea el único cometido fundamental. Un sector de la doctrina plantea que la paz para un conflicto es el principal y único mandato del proceso a través de la sentencia. Ese enfrentamiento de posturas (verdad vs paz) encuentra un punto de confluencia en la justicia penal transicional, donde la verdad y la paz son objetivos constitucionales plausibles, pero, ante todo, equiparables en la sentencia. La metodología probatoria edificada a partir del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional denominada "análisis de contexto", es un perfecto ejemplo de que la "verdad por correspondencia" para los crímenes de guerra y de lesa humanidad en el marco de procesos de justicia transicional, es una noble aspiración para la sentencia, pero en la práctica es difícil su consecución, pues debe solventarse con el valor superior de la paz.

Palabras clave: Verdad, paz, prueba, sentencia, justicia transicional, análisis de contexto.

1 *Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo. Universidad de Medellín. 2021. @caperezalarcon*

The analysis of context in the judgment transitional: the struggle between truth and peace

Carlos Andrés Pérez Alarcón

Resumen: The search for the truth in precise connection with what actually happened at a given moment - "truth by correspondence"- is a laudable objective of judicial decisions. However, it is questionable whether it is the only fundamental task. A sector of the doctrine states that peace for a conflict is the main and only mandate of the process through the judgment. This confrontation of positions (truth vs. peace) finds a point of confluence in transitional criminal justice, where truth and peace are plausible constitutional objectives, but, above all, comparable in sentencing. The evidentiary methodology built from international human rights law and international criminal law called "context analysis" is a perfect example of how "truth by correspondence" for war crimes and crimes against humanity in the framework of transitional justice processes is a noble aspiration for the sentence, but in practice, it is difficult to achieve because it must be solved with the higher value of peace.

Key words: Truth, peace, evidence, judgment, transitional justice, context analysis.

Introducción

Uno de los debates que en materia de derecho procesal se ha venido consolidando consiste en calificar si la decisión judicial tiene el deber de buscar la verdad de los hechos o simplemente alcanzar la paz que emerge de un conflicto. Defensores de una y otra postura lo hacen con rigurosos estudios históricos y con un pensamiento holístico tan profundo que reprocharles sería presuntuoso.

En este documento de reflexión se analizan esas posturas y si esos aportes pueden ser útiles para tratar de entender, desde un ambiente alejado de los puntos máximos, el estadio colombiano a partir de sus propias vicisitudes, para lo cual se aborda la temática desde el proceso penal y, en especial, desde el proceso penal transicional.

Lograr que luego de un conflicto armado no internacional, como ocurre en Colombia, sobrevengan herramientas diferentes al armisticio o a la rendición, con el ánimo de cerrar el periodo bélico, a través de procesos judiciales especiales –pero, en todo caso, judiciales-, enseña que los extremos no siempre tienen la razón.

Luego de un rastreo puntual sobre normas, doctrina y jurisprudencia procesal y probatoria se busca, bajo una interpretación cualitativa y con una visión crítica sobre la realidad actual, presentar algunos resultados que permitan responder el siguiente cuestionamiento: ¿en la decisión judicial transicional prima la verdad o prima la paz?

Prima facie podría afirmarse que se privilegia la paz, pues esa es la razón básica de los procesos de negociación. Sin embargo, para un tema tan espinoso en el que también están en juego los derechos de las víctimas, en especial el derecho a "saber", necesario resulta un abordaje epistémico. Para ello el análisis de contexto se convierte en piedra angular.

En el primer capítulo se analizan las definiciones dadas por la doctrina y la jurisprudencia sobre la verdad en la decisión judicial. Se busca dejar plasmada una idea en el lector de lo relativa que es tal aspiración, en especial en el ámbito penal.

En el capítulo segundo se hace una aproximación a la justicia transicional y cómo en esta el tema de verdad, a pesar de su importancia, debe matizarse con un ideal más práctico de paz a través de la sentencia, lo cual se logra con criterios de flexibilización probatoria.

En el capítulo tercero se aborda el tópico del contexto como herramienta de investigación, medio de prueba y método de valoración probatoria.

En el capítulo cuarto, a manera de resultados y como respuesta al problema jurídico planteado, se hace una defensa del contexto como método

de interpretación, más allá de considerarse un medio de prueba. A partir de esa lectura se exponen algunos beneficios en aras de la armonización de los conceptos de verdad y paz en el marco de la decisión judicial.

Al final, con las conclusiones, se generan unas reflexiones que no pretenden sentar verdades, sino dejar trazadas algunas ideas para azuzar el emprendimiento investigativo.

1. ¿La verdad o la paz en la decisión judicial?

Como se tiene decantado, la sentencia judicial pone fin a un conflicto. Sin embargo, en Colombia su estructuración no es discrecional como en el realismo radical norteamericano, en el que ni los jurados ni la mayoría de los jueces de instancia están obligados a motivar (Taruffo, 2020, p. 50). Cuando hay ausencia de una justificación racional, tanto del derecho como de los hechos, en la decisión judicial se hace imposible el control a la discrecionalidad judicial, por eso la motivación es una garantía de cierre de un sistema cognoscitivista (Gascón, 2010, p. 177).

La función jurisdiccional, por ser de raigambre constitucional y estar inspirada en los fines esenciales del Estado (Const., 1991, art. 2) y en los valores superiores de la República (Const., 1991, preá.), debe estar inspirada en la filosofía del estado social de derecho (Ramírez, 2009, p. 140), y en ella, según Carnelutti (1949, p.14), citado por (Ramírez, 2009, 140), deben agotarse valoraciones sobre la capacidad representativa de la prueba (Carnelutti, 1949, p. 14) en clave de las normas que gobiernan el caso, buscando declarar (i) la verdad de los hechos (Taruffo, 2008, p. 28) o (ii) la superación de una fuerza ilegítima para mantener una paz perpetua (Alvarado, 2015, p. 45).

En ese objetivo de la sentencia judicial radica el debate. ¿Debe primar la verdad o debe triunfar la paz?

La doctrina ha apuntado a la consecución de reglas o estándares para la adecuada valoración de los medios de conocimiento, para que el proceso y, más concretamente, la prueba, permitan develar lo ocurrido en el marco de lo más probable o relativamente certero (Gascón, 2005, p. 128). Los hechos deben coincidir con lo sucedido en el mundo físico. Una especie de correspondencia, según el modelo epistemológico del cognoscitivismo (Gascón, 2002, p. 492). Solo con esa aspiración de verdad, se lograría una decisión justa, para lo cual se requiere, un proceso correcto, unos hechos correctos y veraces y una norma completa y adecuada (Taruffo, 2008, p. 29). Por eso la verdad como correspondencia, en contraste con la verdad como coherencia o mera herramienta de persuasión (Taruffo, 2005, p. 83), es la

llamada a gobernar en la decisión judicial.

No es posible sostener ideológicamente la justeza de una decisión sobre los hechos si no se ha logrado averiguar la verdad de aquellos; por eso es útil y necesaria, por ejemplo, la prueba de oficio (Parra, 2004, p. 8).

Para ser más radical, el tema de la verdad como correspondencia con la ocurrencia ontológica, se opone, en el pensamiento de Taruffo (Taruffo, 2008, p. 229), a una idea de verdad negociada, es decir, a los acuerdos que permiten dar por probados algunos hechos, ya por pacto expreso, ora por ausencia de oposición.

A su turno, al considerar la sentencia como un acto NO procesal, pues sus efectos se extienden fuera del ámbito interno en el que se dicta (Alvarado, 2004, p. 139), una corriente que se autodenomina garantista, sostiene que los jueces deben conformarse tutelando los derechos con una adecuada declaración, siempre y cuando se respeten los derechos de defensa, igualdad e imparcialidad, lo que va encaminado a tener por proscrita la prueba de oficio (Alvarado, 2004, 173). Por eso solo será válida una decisión basada fuertemente en la verdad de la motivación, la que no cumpla esa condición debe ser reemplazada (Silva, 2004, p. 393).

Este enfrentamiento de ideas, entre la verdad y la consecución de la paz a través de una norma concreta que se enmarca en la sentencia, se refleja ampliamente en los códigos procesales colombianos.

Mientras el Código General del Proceso (Ley 1564, 2012, art. 169) y el Código de Procedimiento Administrativo (Ley 1437, 2011, art. 213) permiten las pruebas de oficio para esclarecer puntos oscuros o difusos enfocados a la verdad, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004, art. 361) lo prohíbe radicalmente.

Este panorama en el derecho procesal penal generó al principio del sistema acusatorio un enfrentamiento entre cortes. En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, 24468, 2006), por considerar inapropiada la proscripción de prueba de oficio, en el entendido que el juez cumple una función jurídico – política, en virtud del mandato activo de alcanzar una verdad histórica objetiva en procura de una justicia material, planteó la posibilidad de inaplicar por inconstitucionalidad tal prohibición.

Pero la discusión fue cerrada cuando la Corte Constitucional (C-396, 2007); luego de contrastar múltiples perspectivas sobre el concepto de verdad, se inclinó por plantear que lo importante es el acercamiento del juez a la verdad. Algo así como, en palabras de Roxin (2000, p. 85), el convencimiento del juez sobre la certeza del hecho (CC, C-396, 2007). La tesis de la Corte Constitucional advierte que la búsqueda de la verdad tiene como límites los derechos fundamentales y la obtención racional de los medios de prueba, así

como las garantías de duda probatoria a favor del procesado y su presunción de inocencia.

En la lectura de la Corte Constitucional se nota que aun cuando la verdad es una aspiración lógica, loable y necesaria, tiene matices y, en ocasiones, ante limitaciones constitucionales como la prohibición de prueba ilícita (Const., 1991, art. 29), los privilegios que permiten acogerse al silencio a favor propio, de parientes o de personas vinculadas en grado de afinidad (Const., 1991, art. 33) o el secreto profesional inviolable (Const., 1991, art. 74), alcanzarla resulta complejo o quizá imposible.

Una sentencia absolutoria en la que se reconoce la duda, no necesariamente confirma la ocurrencia de un hecho. Luego, la sentencia judicial penal no es en todos los casos un medio para declarar la verdad, aunque sí para poner fin a una contienda.

Entretanto, resulta pertinente aquella idea de que la verdad puede considerarse desde las ciencias exactas y desde las ciencias sociales, en esta última hipótesis operan la subjetividad y los tipos de saber, por lo que surge una historia externa de la verdad y eso explica que en el derecho penal haya diferentes formas de verdad (Foucault, 1978, p. 9). En consecuencia, no es descabellado entender que la verdad tiene una doble condición: es jurídica y es factual, siendo la decisión judicial más justa aquella que se acerca a esos dos tipos de verdad (Ferrajoli, 2006, p. 233).

Lo precedente, sin ánimo de minimizar este apasionante ejercicio dialéctico atinente a lo que debe ser el objeto de la decisión judicial, enseña, por lo menos, que la verdad es una preocupación permanente de la doctrina y de la jurisprudencia. Pero que, en el proceso penal colombiano, alcanzarla tiene mayores limitaciones ante la proscripción de la prueba de oficio, o la existencia de garantías procesales con marcados efectos probatorios como la cláusula de exclusión, la duda y la presunción de inocencia. La verdad, entonces, en muchas sentencias será más procesal o jurídica que factual.

Ni siquiera con el ánimo de evitar la impunidad puede matizarse el principio de in dubio pro reo en el proceso penal. Al respecto, Urbano (2021) cuestiona con severidad la posibilidad de aplicar las Cargas Dinámicas de la Prueba en el proceso penal, como en algún momento lo hizo la Corte Suprema de Justicia frente al delito de enriquecimiento ilícito, pues ello va en contravía del ordenamiento jurídico y, en especial, de los pilares del modelo de enjuiciamiento acusatorio. Para el autor eso llevaría al exabrupto siguiente: "no hay que dudar y absolver, sino que en caso de duda, hay que condenar" (489).

Queda de esa manera un tanto en lo abstracto la idea de decisión judicial que busca únicamente verdad o la de decisión judicial que busca únicamente la

paz. Resulta más comprensible un planteamiento alejado del radicalismo del pensamiento. Algo así como un término medio racional, como lo promueve la doctrina (Dellepiane, 2019) al asegurar que los jueces no pueden ser presionados con tarifas legales, pero tampoco dejados en absoluto a su propia inspiración (p. 34).

Como corolario, la verdad es el objetivo de la sentencia judicial, pero no el único. Buscar la solución de un conflicto igualmente lo es, por ello la verdad procesal (por ejemplo, cuando se absuelve por duda), deviene plausible.

Cobra aquí plena vigencia la tesis de Ferrajoli (1995, p. 45) "si una justicia penal completamente 'con verdad' constituye una utopía, una justicia penal completamente 'sin verdad' equivale a un sistema de arbitrariedad."

Si existiera, en tono de principio, la sentencia con verdad plena, no operarían recursos como el de revisión.

2. La verdad y la paz en la decisión de la justicia transicional

Advertido entonces que el juez penal no siempre logra afirmar la ocurrencia de determinados enunciados fácticos, es fácil entender como, en muchas ocasiones, las víctimas de graves crímenes ven truncados sus deseos de conocer lo que en realidad ocurrió en sus casos.

Y si a eso se adiciona que en múltiples oportunidades los medios de prueba sencillamente son inexistentes, como ocurre en el marco de los conflictos armados, cuando además de los cadáveres, son desaparecidos los testigos, inutilizados los documentos y los peritos no tienen objetos materiales que analizar, la añoranza por la verdad es más que latente.

Es en esta atmósfera donde cobra especial importancia la justicia transicional, la cual puede definirse como la fijación de mecanismos para resolver problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, con el objetivo de que los responsables rindan cuentas ante la justicia y que haya reconciliación (Forer, 2012, p. 19). La Ley de Víctimas (Ley1448, 2011, art. 8) presenta una definición muy precisa:

> Entiéndase por justicia transicional los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3º de la presente Ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.

Para la jurisprudencia, la justicia transicional debe entenderse como una institución que enfrenta las consecuencias de las violaciones masivas y generalizada de los derechos humanos consolidadas en el marco del conflicto armado (Corte Constitucional, C-771, 2011; C-052, 2012; C-579, 2013; C-286, 2014).

Teitel (2003) citado por Forer (2012, p. 20), indica que fueron en gran medida los juicios de Nüremberg la primera de las fases para lograr la construcción de tribunales especiales encargados de revisar los abusos cometidos en la segunda guerra mundial. A esto siguieron, según el mismo autor, los Tribunales de Yugoslavia y Ruanda, en donde se lograron transiciones punitivas, es decir, se buscó sancionar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Todo este acontecer permitió la creación de la Corte Penal Internacional en 1998 a través del Estatuto de Roma cuya entrada en funcionamiento fue en 2002.

Estos tribunales tuvieron una característica precisa en su conformación: Juzgar bajo un esquema adversarial a los responsables de crímenes atroces.

Colombia, en cambio, acogió un sistema que la doctrina denomina de "perdones responzabilizantes", por su compatibilidad con los principios democráticos y con los derechos de las víctimas (Forer; 2012, p. 22). Esto significa que habrá excepcionalmente amnistía o indulto, y que la regla general será una pena de prisión, en todo caso reducida a cambio del sometimiento y la confesión por parte de los perpetradores.

La idea de una pena de prisión más baja se justifica porque "la privación de la libertad solo es un medio "histórico contingente" y superable, para plasmar el contenido simbólico - expresivo de la reacción a comportamientos criminales expresada en el proceso penal mediante sentencia" (Zuluaga, 2014, p. 190).

En Colombia actualmente operan dos sistemas de justicia penal transicional: Justicia y Paz (JyP) y la Justicia Especial para la Paz (JEP). La primera emergió de un proceso de paz que se adelantó desde 2003 con miembros de grupos paramilitares (Autodefensas Unidas de Colombia –AUC-) y la segunda de un proceso de paz alcanzado en 2016 con un grupo insurgente (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC-).[6]

2 Adicionalmente opera el sistema de restitución de tierras para temas de bienes despojados en el entorno del conflicto armado (Ley 1448 de 2011).

El objetivo de estos sistemas es alcanzar una paz estable y duradera que respete los enfoques de verdad, justicia y reparación. Todo ello con el ánimo de superar el conflicto armado no internacional que ha azotado a Colombia desde la segunda mitad del siglo pasado.

La primera experiencia en Colombia es la de la Ley 975 (2005, art. 7) que regula el tema de JyP. Se planteó para las víctimas el derecho a conocer la verdad sobre los delitos cometidos por los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML) y a conocer el paradero de los desaparecidos.

Más adelante se aprobó una enmienda constitucional (Acto Legislativo 01, 2012) que llevó a rango supralegal el ideal de consolidar una paz estable y duradera a través de procedimientos judiciales y no judiciales de búsqueda de la verdad. Y se consolidaron los pilares de la JEP con el Acto Legislativo 01 de 2017 a través del cual se creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición (SIVJRNR).

En ambos compendios procesales, el de JyP y el de la JEP, el tema de la verdad tiene un mayúsculo alcance. Se pretende develar los patrones, o actuaciones sistemáticas o repetitivas que realizaron los GAOML a lo largo de la historia, y que a través de los sistemas ordinarios de justicia jamás se pudieron conocer.

Empero, el tema en un principio fue altamente complejo, porque el legislador permitió que las sentencias se estructuraran a partir de meras confesiones de los victimarios, exonerando de alguna manera la actividad investigativa del Estado. Por ello la Corte Constitucional (C-370, 2006) y la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, 27484, 2007) se vieron obligadas a reconocer que, aunque se pretende una reconstrucción relativamente fidedigna de los crímenes cometidos, ello no puede quedar al arbitrio de los perpetradores, por lo que las investigaciones deben hacerse lo más completas posibles.

Aún con ese anhelo de una investigación más robusta, como lo planteó la jurisprudencia, la experiencia enseñó la dificultad ante la magnitud de los crímenes, contabilizados por centenas de miles y la ausencia, en no pocas causas, de elementos probatorios diferentes a las confesiones.

Por ello, tuvo que acogerse la metodología de valoración por contexto o análisis de contexto, para tratar de inferir, a partir de conductas reiteradas (patrones criminales) y otras variables (datos estadísticos, notas de prensa, postulados históricos, documentos académicos, referentes geográficos) los temas de verdad y responsabilidad.

La Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal, 31150, 2009), siguiendo las reglas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Velásquez Rodríguez vs Honduras, 1988; Aloeboetoe vs Surinam,[2] 1991), reconoció la necesidad de flexibilizar los umbrales probatorios, no solo respecto a la comprobación de los relatos de los procesados, sino además para dimensionar el daño infligido y la identidad de los afectados.

Entonces, si en el proceso transicional es viable atender criterios de flexibilización probatoria que se salen de los estándares ordinarios de los medios de prueba, lo que algunos catalogan, siguiendo a la CIDH (Jaramillo Valle vs Colombia, 2008; Masacre de Mapiripán vs Colombia, 2005), como la hospitalidad de la prueba difícil (Carbone, 2020, p. 28), resulta dificultoso aceptar en una decisión de justicia transicional un concepto de verdad desde un perímetro epistémico elevado.

El análisis de los patrones de macrocriminalidad bajo la metodología de priorización de casos y valoración probatoria en clave de contexto fue regulado en la Ley 1592 (2012), que adicionó la Ley de JyP, y en la Ley 1922 (2018), que fijó las reglas de procedimiento para la JEP.

La Corte Constitucional avaló esta estrategia de investigación y juzgamiento (C-694, 2015), siguiendo los parámetros aplicados por Tribunales Penales Internacionales, advirtiendo que la verdad debe concebirse desde dos aristas: (i) histórica y (ii) judicial. Indica la Colegiatura que:

> "La eficacia del derecho a la verdad depende, entre otras cosas, de la existencia de una auténtica estrategia de investigación criminal, que permita contar con una visión holística de lo que realmente aconteció".

3. El contexto y la búsqueda de la verdad

Ya se dijo que cuando se trata de graves y masivas violaciones de derechos humanos la prueba, siguiendo los parámetros procesales ordinarios, resulta difícil y a veces imposible.

Por ejemplo, deviene altamente complicado hallar un nexo entre fuerzas paramilitares y fuerzas militares estatales a partir de testimonios, documentos o peritajes para un crimen concreto.

El Decreto Legislativo 3398 de 1965 y la Ley 48 de 1968 facilitaron alianzas entre órganos del poder público y "las fuerzas vivas de la Nación". De otro lado, el Decreto 356 de 1994 permitió la creación de cooperativas de vigilancia comunitaria CONVIVIR, que avalaron que particulares cumplieran tareas propias de la fuerza pública. La Corte Constitucional inexplicablemente

avaló semejante figura (C-527 de 1997), pero lo que pasó años después terminaría por darle la razón a los magistrados Cifuentes, Gaviria y Hernández en su salvamento de voto, al calificar de "exótica, sorpresiva y sorprendente" tal sentencia en la que se permitió, contrario al texto superior, que se trasladaran funciones de defensa nacional a particulares

Si se analizan estos antecedentes normativos, con (i) las relaciones irregulares que se concretaron en determinadas zonas del territorio nacional entre militares y particulares para repeler el crecimiento de las guerrillas, (ii) prejuicios ideológicos y políticos contra un sector de la población, y (iii) levantamientos o protestas sociales en determinados conglomerados o espectros geográficos, se puede ubicar un contexto social e ideológico, como lo señala Vanegas (2016), que en términos implícitos (caso 19 Comerciantes vs Colombia, 2004, párr. 84) y a veces explícitos (masacre La Rochela vs Colombia, 2007, párr. 32), según la Corte IDH, permite hacer inferencias probatorias con miras a una decisión judicial (p. 65).

La discusión acerca de la naturaleza jurídica del contexto no ha sido ajena a la dialéctica, pues se le ha considerado como instrumento de investigación, medio probatorio y herramienta de valoración probatoria.

1. Como método de investigación: No ha estado ajeno a la crítica. Bernal (2015), citado por Buriticá (2016, p. 42), considera que un sistema de investigación abstracto, sin regulación rigurosa por el legislador y sin garantía de contradicción, puede ser una afrenta al debido proceso.[3]

En términos generales la investigación a través del contexto consiste en enlazar la información aislada, identificando modus operandi de organizaciones criminales. Pero para lograr una adecuada articulación con el derecho de contradicción, debe elevarse a nivel legal su regulación (Buriticá, 2016, p. 45).[4] Resulta útil como metodología de búsqueda de información relevante cuando hay debilidad estatal ante la comisión de crímenes atroces, lo cual inclusive deviene idóneo en asuntos de delincuencia organizada (Toro & Bustamante, 2019, p. 5).

Seils & Wierda (1996), citados por Martínez (2014), precisan que:

> (…) la investigación de crímenes del sistema exige un enfoque más cercano al de un ingeniero. La tarea no se limita a describir la ejecución del acto criminal, sino que debe dilucidar el funcionamiento de los elementos de la maquinaria (p. 27).

3 Esto se dio en un estudio académico que se gestó a propósito de la Directiva 01 de 2012 y de la Resolución 1810 de 2012, a través de las cuales se trazaron para la Fiscalía General de la Nación estrategias de investigación bajo la identificación de patrones delictivos y se creó la Unidad de Análisis y Contexto.
4 Esa metodología investigativa no logró su tránsito en el Congreso. El proyecto de Ley 021 (2015) que pretendía regular la temática no fue aprobado.

Un ejemplo interesante de investigación basada en contexto es el de los crímenes de las juntas militares que en Argentina operaron entre 1976 y 1982, y que secundó la identificación de patrones en el actuar de las fuerzas militares en su "lucha" contra la subversión, lo que llevó a conformar aparatos clandestinos de represión que detuvieron, torturaron y desaparecieron a miles de civiles (Martínez, 2014, p. 33).

2. Como medio de prueba: Ha sido planteado por algún sector de la doctrina. Ramelli (2013) precisa que "el contexto hace que la misma actividad procesal sea distinta, también direcciona la investigación, todo ese contexto debe traducirse en una prueba para permitir la imputación en casos penales" (p. 101). Lo que podría traducirse como una prueba precisa que surge de la confluencia de muchas fuentes de información sobre patrones, modus operandi, o actuaciones sistemáticas en determinadas zonas y épocas.

A su turno Toro & Bustamante (2019) postulan la autonomía de la prueba de contexto bajo la obligación de que cada uno de los analistas en las diversas disciplinas que acuden para su estructuración comparezcan ante el juez como testigos de acreditación (p. 13).

Siguiendo ese pensamiento, para el proceso de restitución de tierras (Ley 1448, 2011), que asume también la línea de justicia transicional, pero que se enfoca en patrones de despojo de tierras en virtud del conflicto armado, se ha planteado teóricamente la construcción de un informe de contexto, que hace las veces de medio de prueba. Lo cual puede definirse como un producto que acerca al juez a un conocimiento ajeno al medio general, y que aunque es atípico porque no está regulado en la ley, se presenta como un punto intermedio entre la prueba pericial ("cuasi pericial") y la prueba indiciaria (aunque superando la denominación clásica), pero, en todo caso, medio de prueba autónomo denominado prueba social (Villamil, 2016, pp. 64 - 75).

Aunque la Corte IDH se ha apoyado en estudios sociales a través de peritos en la materia (Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia, 2010), es difícil concebir la prueba social o de contexto como un medio autónomo, al menos por las siguientes razones:

1. Por alimentarse de múltiples fuentes, si se entiende el contexto como un producto final que se le presenta al juez, cualquier discrepancia con algún dato o algún vicio, afectaría la conclusión.

2. El juez estaría limitado a valorar positiva o negativamente lo que diga el analista en su conclusión, sin salirse de ese marco.

3. Aún tratándose de datos sociales que individualmente podrían ser

relevantes para la solución del litigio, el juez estaría compelido al producto presentado como un todo.

4. Como lo recuerda Meneses (2008) no puede confundirse todo aquel dato empírico ajeno al juicio, relevante y lícito (fuente de prueba), con la manera en que el mismo se presenta en el proceso judicial (medio de prueba) (p. 44). Lo que permite entender que cada circunstancia que alimenta el contexto puede tener una forma diferente de presentación ante el juez en comparación con otra, por ejemplo, el antropólogo presentará su aspecto disciplinar, al tiempo que el médico legista hará lo propio con el cuerpo de la víctima.

En otras palabras, un contexto debe estar estructurado a partir de muchas fuentes fácticas y, como tal, ingresar al proceso a través de variados instrumentos o medios de prueba.

Guardando las proporciones, en el caso Lubanga la Corte Penal Internacional (CPI) fue bastante cuestionada porque en aplicación de las reglas del Estatuto de Roma (ER) permitió el ingreso de información de terceros a través de intermediarios y según la cooperación de distintas organizaciones, incluso secundadas por acuerdos de confidencialidad, lo que pudo afectar el derecho de defensa bajo las reglas de igualdad y contradicción (Chirino, 2014, p. 58). Esto hace visible el problema que implica el ingreso de información de terceros (a veces desconocidos) a través de un medio probatorio a título de compilación.

Aunque en Colombia se pretendió mediante un proyecto de Ley (224 Cámara, 2015) la regulación del contexto como medio de prueba autónomo, según una modificación al Código de Procedimiento Penal (CPP), la propuesta fue archivada.

3. Como método de valoración probatoria: El contexto ha sido ampliamente aplicado en el entorno del derecho internacional de los derechos humanos y en el del derecho penal internacional, pues existe un punto de convergencia entre estos dos sistemas en virtud de su relación con los derechos humanos.

El denominado trasplante o *cross fertilitation*, es una herramienta que permite aplicar figuras jurídicas disímiles en aquellos aspectos en los que obran semejanzas (Pereznieto, 2012, p. 410) y ha sido reconocido expresamente por la Corte Suprema de Justicia para aplicar su test de sistematicidad en materia de acción de tutela, que resulta útil para "determinar cuándo hay violaciones a los DDHH y por la misma línea a los derechos

fundamentales". Para lograr ello, el test:

> …atiende a subreglas tales como (I) características comunes de la pluralidad de sujetos pasivos de las violaciones; (II) un patrón de conducta temporalmente homogéneo; (III) los factores singularizadores del agresor; (IV) acciones escalonadas de las violaciones, con un número plural de víctimas considerable; (V) estrategia coordinada que no consiste en hechos aislados; (VI) contexto (político, racial, geográfico, sexual, etc.); (VII) un propósito único que sea el móvil determinante de dichos atentados; y (VIII) la gravedad de las conductas, en razón de su escala, naturaleza, e impacto en la sociedad. (Sala de Casación Civil, 2020, STC-7641).

Este compendio parecieran definir las bases del análisis de contexto (Ley 1592, 2012), o de la flexibilización probatoria para graves violaciones de derechos humanos (Sala de Casación Penal, 2009, 31150).

A través de inferencias o ejercicios mentales que se hacen a partir de conductas sistemáticas, repetitivas o masivas ocurridas en determinadas zonas geográficas dominadas por GAOML, se puede develar, de un lado, la responsabilidad penal de los máximos responsables bajo la batuta de la autoría mediata o la responsabilidad por el mando, y de otro, la responsabilidad como coautores de quienes integraban las estructuras que ejercían control en las zonas de impacto.

Ese ejercicio inferencial es pertinente cuando se suprime todo elemento de prueba o se aplica una especie de "ley del silencio"; lo que permite acudir a las declaraciones juradas tipo affidavit, a indicios o presunciones que denotan aligeramientos probatorios (Carbone, 2020, pp. 25- 28).

El contexto, más que un medio de prueba, es una forma de analizar que incluye conceptos como "patrón", "práctica", "modus operandi" y "priorización" para dilucidar crímenes de sistema o de empresas criminales (Hinestroza, 2020, p. 464).

4. ¿en la decisión judicial transicional prima la verdad o prima la paz?: Para responder al interrogante que motivó la presente actividad académica, puede afirmarse que en la justicia transicional la paz y la verdad van entrelazados o articulados. Ninguno domina.

La paz sin verdad no podría ser duradera, pues los dolores de las víctimas estarían latentes y en cualquier momento resurgirían. A su turno, la verdad sin paz, no sería más que una ilusión. Sin sometimiento de los victimarios, la información sería inalcanzable ante el inmenso poder que ejercieron, la magnitud de los crímenes, su crueldad y su sistematicidad.

El riesgo alto -hay que reconocerlo- es que las confesiones que en estos casos surgen sin un ejercicio dialéctico de la prueba, es decir, sin una materialización del principio de contradicción, dada la inexistencia de juicio, podrían conllevar con extraordinaria facilidad a falsos reconocimientos judiciales si no se hace un buen ejercicio de corroboración.

El éxito en el análisis de contexto en la justicia transicional está en no revisar los crímenes de forma individual, sino como un engranaje que depende o se relaciona con otro, y este, a su vez, interactúa con otro, y todo obedece al proceder de una organización o un aparato organizado de poder.

Así, el homicidio de A, aún sin testigos, amenazas previas, grabaciones de cámaras de seguridad o confesiones de algún sospechoso, podría atribuírsele a un grupo determinado y a sus líderes, cuando se precise de información sobre factores ideológicos o políticos en A que lo hicieran presa de determinado clan delictivo con dominio en la zona y con repudio hacia ese tipo ideas.

> El contexto es la materialización del indicio, pues se constituye de hechos que no son los de directa violación, sino que rodean la violación y están íntimamente relacionados con ella en cuanto la provocan o la posibilitan. En este punto, el contexto comparte la naturaleza del indicio en la medida que se constituye en prueba indirecta y no goza por lo tanto de la observación directa del juez, pero que no por ello debe ser excluido dada la importancia de los elementos de juicio que aporta a las condiciones que rodean los hechos objeto del debate probatorio (Toro, & Bustamante, 2019, p. 7).

Ese tipo de valoración global o de sistema, tiene bondades, en la medida que permite evitar la impunidad de crímenes que ordinariamente no tendrían responsables individuales y abona el camino para la reparación de las víctimas.

Por tanto, el análisis de contexto como instrumento de valoración se alimenta de cualquier medio de prueba del que se extraiga información lícita que permita reconstruir un proceder de sistema o de macrocriminalidad.

El contexto es útil como método de investigación y como herramienta de valoración porque involucra a profesionales de múltiples disciplinas (historiadores, matemáticos, estadísticos, antropólogos, geógrafos, entre otros), pero no enfocados a la elaboración de un producto o documento final, sino a la recolección datos (método de investigación) que permitan en un eventual proceso judicial otorgar al juzgador información ordenada, solvente y amplia sobre múltiples circunstancias que pueden orientar la resolución de un conflicto, en especial si se trata de masivas violaciones de derechos humanos, para develar a través de patrones o conductas sistemáticas hechos que con los medios probatorios ordinarios no podrían reconstruirse (método de valoración).

Véase un ejemplo sobre la importancia que el contexto puede representar: El 22 de enero de 1994, en una tienda ubicada en el municipio de Ciénaga, Departamento de Magdalena, Colombia, Pedro N. fue asesinado con proyectiles de arma de fuego. La investigación ordinaria no contó con pruebas diferentes al acta de levantamiento del cadáver y el protocolo de necropsia. El caso fue archivado ante la imposibilidad de identificar al perpetrador. Sin

embargo, años después un desmovilizado confesó ese y otras decenas de crímenes. Indicó que con otros paramilitares ultimaron al sujeto que conocían como "Tata" porque tenía una red de piratas terrestres que afectaba a los pasajeros de buses que se movilizaban por la zona. Quien confesó también dio el nombre de los coautores (TS Barranquilla, Sala Justicia y Paz, Auto 245, 2021).

Bajo una propuesta clásica, el asunto así planteado no podría tener una respuesta punitiva, pues, como ya se dijo, según la jurisprudencia imperante para 2006 y 2007, la reconstrucción de los crímenes no podría quedar al arbitrio de los perpetradores.

Pero si esa confesión detallada se interpreta al amparo del contexto que rodea al hecho delictivo, la solución cambia porque: Si la muerte fue generada con el uso de arma de fuego, si ocurrió en un municipio sitiado por grupos paramilitares que dominaron la Sierra Nevada de Santa Marta y su periferia, si esos grupos paramilitares tenían como política remplazar las instituciones estatales e imponer sus propios códigos de comportamiento ciudadano, si en el caso concreto existió compatibilidad con otros casos donde se "ajustició" a los que desobedecían esas reglas, y si quien confesó efectivamente se desmovilizó de un grupo paramilitar y había cometido otros crímenes de la misma envergadura, es razonable inferir que existe responsabilidad en quien confesó el homicidio en persona protegida.

Nótese que el delito se logra esclarecer solo cuando se trasciende del acaecimiento individual al crimen de sistema. Parecido a ese caso deviene el asesinato del líder político Álvaro Gómez Hurtado, que en 25 años no fue dilucidado por las autoridades judiciales bajo los métodos tradicionales de investigación. Empero, recientemente se conoció vía confesión de los excombatientes de las FARC y ante el asombro nacional que fue realizado por ese grupo insurgente (JEP, comunicado 132, 2020). Aquí la JEP, dada esa novedosa información, tendrá que reconstruir la temática a partir de un real análisis de contexto. No existe otro camino.

El problema es que el grado de conocimiento al que se arriba, de no realizarse adecuadamente el juicio de inferencia a partir del cruce de las múltiples variables en juego (políticas, geográficas, históricas, etc.), podría ser precario y conducir a decisiones aproximadas a la realidad fenoménica, pero no tan cercanas como se aspira en la verdad por correspondencia.

Como ocurrió en el caso Masacre de Mapiripán vs Colombia (2005) donde la Corte IDH fue engañada por personas que adujeron ser víctimas y lograron una millonaria indemnización. Algunos afirman que al Tribunal Internacional le faltó rigurosidad en sus análisis, a pesar de haber operado una advertencia expresa por parte del Estado demandado (Uribe & Restrepo, 2013, p. 28).

En este punto, la tesis de Ferrer (2021) cobra total sentido cuando indica que un estándar probatorio alto puede generar, tal vez, menor riesgo de condena de inocentes, pero, al mismo tiempo, eleva el número de falsas absoluciones, lo que hace ineficaz el sistema protección de derechos; la solución está dada en la riqueza de los acervos probatorios o en el peso de los conjuntos probatorios; allí podría estar, en parte, el secreto para la reducción del error judicial (pp. 124 - 125).

Quizá por ese riesgo, en materia penal el análisis de contexto solo ha tenido desarrollo práctico en la justicia transicional y principalmente donde hay confesión o sometimiento. Pero aún en esos horizontes el margen de error en el ámbito de la probabilidad es más alto de lo que podría calcularse en comparación con un proceso contencioso. Por eso el contexto en la decisión judicial se acerca más a la paz que a la verdad. De ahí el enorme reto que tienen los tribunales de justicia transicional en la armonización de esos dos conceptos.

Bajo esta línea de discurso, multiplica contundencia la idea de que la verdad en la decisión judicial entraña en todos los casos un margen de incertidumbre; cobran más vigencia las autorizadas reflexiones de Ramírez, Franco & Jaramillo (2021):

> La verdad relativa en el proceso, obedece pues, no a la manipulación de los datos porque el proceso es un método deficiente, tampoco a la manipulación de las versiones de las partes, sino a la circunstanciación, a la temporalidad de los fenómenos y a los acontecimientos divergentes y convergentes que se presentan. La comprobación a través de la prueba de estas variables determina un resultado altamente probable, este criterio de probabilidad el juez lo transforma en una decisión con consecuencias jurídicas (p. 150).

A partir de tal incertidumbre, se requiere una metodología rigurosa de análisis que ingrese a la decisión judicial un contexto confiable y libre de sesgos. En todo caso, deben existir controles a las inferencias para garantizar su razonabilidad y su confiabilidad, en oposición al secretismo o a acríticas reglas de experiencia (Taruffo, 2006, p. 313).

Conclusiones

A lo largo de este documento se han presentado algunas observaciones a las posiciones extremas que defienden la paz o la verdad como aspiraciones únicas e independientes en la decisión judicial. A su turno, se ha planteado una propuesta con enfoque práctico para entender, al menos en la decisión judicial transicional, que la verdad y la paz están al mismo nivel si se logra desarrollar un cuidadoso análisis de contexto libre de sesgos. De lo expuesto se pueden presentar las siguientes conclusiones:

1. Al debate entre lo que debe ser el fin de la decisión judicial justa o correcta, debe sumársele el elemento "tipo de conflicto", pues no es lo mismo una agresión individual que una violación masiva o sistemática de derechos humanos.

2. Temas como la prueba de oficio y su proscripción, la duda a favor del procesado, la presunción de inocencia, o la cláusula de exclusión, hacen que en el proceso penal ordinario el cometido de buscar la verdad sea distante o presente matices, lo que puede enarbolar en la sentencia la idea de paz, al poner simplemente fin a una controversia.

3. Si esas dificultades tiene un proceso ordinario frente a la verdad, con mayor intensidad se advierte ello en un proceso judicial de índole transicional, en el que los medios de prueba son escasos o difíciles y los crímenes se cuentan por cientos o por miles. Complejo resulta entonces satisfacer plenamente el cometido de verdad por correspondencia.

4. La verificación de los hechos que hacen los jueces y magistrados en procesos de justicia transicional en muchas oportunidades se alcanza a partir de inferencias derivadas de repetición u operación sistemática de patrones criminales, por lo cual el margen de error podría verse incrementado en comparación con procesos ordinarios. Por ello el contexto, más que un medio de prueba, es una herramienta de valoración que involucra un desafío epistémico, pues exige en el juzgador un mayor y riguroso análisis libre de sesgos.

5. Cuando se logra un sometimiento a la justicia de victimarios por crímenes atroces, y al mismo tiempo se develan datos que en un proceso ordinario serían inalcanzables, cobra vigencia la concurrencia entre los objetivos de verdad y paz en la decisión judicial.

REFERENCIAS

Alvarado, V. (2004). Debido proceso versus pruebas de oficio. Bogotá, Colombia: Temis.

Alvarado, V. (2015). El proceso judicial. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Buriticá, G. (2016). El análisis en contexto y sus implicaciones jurídicas frente al principio de controversia, contradicción o bilateralidad. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia. Recuperado de: **https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15527/BuriticaOrtizGonzalo2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y**

Carbone, C. (2020). La prueba difícil en los delitos sexuales. Rosario, Argentina: Editorial juris. Recuperado de: **https://editorialjuris.com/administracion/frm-libros/pdf/1608294270_prueba-dificil-delitos-sexuales.pdf**

Chirino, A. (2014). Evaluación de pruebas y uso de intermediarios en el caso Lubanga. En Ambos, Malarino & Steiner, ed.(s). Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional (pp. 23 – 62). Gottingen, Alemania: CEDPAL.

Dellepiane, A. (2019). Nueva teoría de la prueba. Bogotá, Colombia: Ibáñez.

Ferrajoli, L. (1995) Derecho y Razón. Madrid, España: Trotta.

Ferrajoli, L. (2006). Epistemología Jurídica y Garantismo. México, México: Fontamara.

Ferrer, J. (2021). Prueba sin convicción, estándares de prueba y debido proceso. Madrid, España: Marcial Pons.

Foucault, M. (1978). La Verdad y las Formas Jurídicas. [Traducido al español: Lynch, E]. (1996) Barcelona, España: Gedisa Recuperado de https://arditiesp.files.wordpress.com/2012/10/foucault_verdad_formas_juridicas.pdf

Forer, A. (2012). Justicia Transicional. Bogotá, Colombia: Ibáñez.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). (2020). Comunicado de prensa 132. Bogotá, Colombia. Recuperado de: **https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Farc-asume-responsabilidad-en-homicidio-de-Álvaro-Gómez-Hurtado-y-en-otros-cinco-casos.aspx**

Gascón, M. (2002). Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial: a propósito de las observaciones de Mario Ruiz. Anuario de filosofía del derecho. Recuperado de: **file:///C:/Users/MJ0BC35N/Downloads/Dialnet-SobreElModeloCognoscitivistaEnLaPruebaJudicial-756909.pdf**

Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. En Doxa, cuadernos de filosofía del derecho Recuperado de **https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf.**

Gascón, M. (2010). Los hechos en el derecho. Madrid, España: Marcial Pons.

Hinestroza, J. (2020). El contexto como prueba. En Toscano, Naizir, Acero & Bejarano, ed.(s) Derecho Probatorio. Desafíos y perspectivas (pp. 449 – 499). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Martínez, D. (2014). Manual de análisis contextual. Bogotá, Colombia: ICTJ. Recuperado de **https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Manual-DINAC-2014.pdf**

Meneses, C. (2008). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. Talca, Chile. Revista Ius Et Praxis. 14 (2), 43 – 86 Recuperado de: **https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art03.pdf**

Parra, J. (2004). Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio. Bogotá, Colombia: Temis.

Pereznieto, L. (2012). La revolución del derecho internacional privado en el mundo de hoy. Conferencia pronunciada en la Maestría en Negocios Internacionales. Universidad Complutense. Madrid, España. Recuperado de **https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33072.pdf**

Ramírez, D. (2009). La prueba de oficio. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Ramírez, D., Franco V., & Jaramillo, D. (2021). La prevalencia del derecho procesal. Bogotá, Colombia: Ibáñez.

Ramelli, A. (2013). Importancia de Construcción de Contextos en las investigaciones Judiciales. Trabajo presentado en el Seminario Internacional de la Fiscalía General de la Nación. Bogotá: Colombia. Recuperado de: **https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Seminario-Internacional-Construcci%C3%B3n-de-Contextos.pdf**

Silva, M. (2004). El recurso de revisión contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano. En Vásquez, M. (Coord.) **Recuperado de https://books.google.com.co/books?id=-jVch6LUPaQC&pg=PA393&lpg=PA393&dq=**

Taruffo, M. (2005). La prueba de los hechos. 2ª ed. Madrid, España: Trotta.

Taruffo, M. (2006). Sobre las fronteras. Bogotá, Colombia: Temis.

Taruffo, M. (2008). La prueba. Madrid, España: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2020). Verdad, justicia y derecho. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Toro, L., Bustamante, M. (2019). La investigación y la prueba de contexto como elementos de política criminal para la persecución del crimen organizado. Bogotá, Colombia. Revista Criminalidad. 62 (1), 101 – 115. Recuperado de: **https://www.policia.gov.co/revista/revista-criminalidad-volumen-62-no-1**

Urbano, J. (2021). ¿Dudar y condenar? La repercusión de las cargas probatorias dinámicas en la estructura del sistema acusatorio? Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Uribe, C., Restrepo, N. (2013). ¿Pudo la Corte Interamericana de Derechos Humanos haber prevenido la existencia de víctimas falsas en el caso de la masacre de Mapiripán?. Bogotá. Revista Colombiana de Derecho Internacional, 11(23), 203-234 Recuperado de: **https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13636**

Vanegas, A. (2016). El valor del contexto en los fallos dictados contra Colombia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Universidad Santo Tomás. Bogotá, Colombia. Recuperado de: **https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2228/Vanegasandres2016.pdf?sequence=1**

Villamil, F. (2016). La prueba social y de contexto en el proceso de restitución de tierras. Bogotá, Colombia. Unidad de Restitución de Tierras. Bogotá: Colombia. Recuperado de: **https://www.mapp-oea.org/wp-content/uploads/2019/10/2016-La-Prueba-Social-y-de-Contexto.pdf**

Zuluaga, J. Alcance del artículo 1 inciso 4 del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización de la investigación penal. En Ambos, K. (Coord.). Justicia de Transición y Constitución. Bogotá, Colombia: Temis.

Normas:

Constitución Política de Colombia. (1991).

Congreso de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2002). Introduce modificaciones a la Ley de Justicia y Paz. [Ley 1592 de 2012]. D.O. 48633.

Congreso de la República de Colombia. (31 de agosto de 2004). Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. D.O. 45658.

Congreso de la República de Colombia. (25 de julio de 2005). Ley de Justicia y Paz. [Ley 975 de 2005]. D.O. 45980.

Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. D.O. 47956.

Congreso de la República de Colombia. (10 julio de 2011). Ley de víctimas. [Ley 1448 de 2011]. D.O. 48096.

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General de Proceso. [Ley 1564 de 2012]. D.O. 48489.

Congreso de la República de Colombia. (18 de julio de 2018). Reglas de Procedimiento de la JEP. [Ley 1922 de 2018]. D.O. 50658.

Cámara de Representantes de Colombia. Proyecto de Ley 224 (2015). Por medio del cual se reforman algunos artículos de la ley

906 de 2004, de la ley 599 de 2000, de la ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Recuperado de **https://www.camara.gov.co/reforma-sistema-penal-acusatorio-0**

Cámara de Representantes de Colombia. Proyecto de Ley 021 (2015). Por medio del cual se reforman algunos artículos de la ley 906 de 2004, de la ley 599 de 2000, de la ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Recuperado de **https://www.camara.gov.co/reforma-sistema-penal-acusatorio**

Jurisprudencia internacional:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras. (26 de julio de 1988). Recuperado de **https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe y otros vs Surinam. (4 de diciembre de 1991). Recuperado de: **https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_11_esp.pdf**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 Comerciantes vs Colombia. (5 de julio de 2004). Recuperado de **https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso masacre de Mapiripán vs Colombia (15 de septiembre de 2005). Recuperado de: **https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de la Rochela vs Colombia. (11 de mayo de 2007). Recuperado de: **https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia. (27 de noviembre de 2008). Recuperado de: **https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia. (26 de mayo de 2010). Recuperado de: **https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf**

Jurisprudencia nacional:

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de marzo de 2006). Radicado 24468. [MP Edgar Lombana Trujillo].

República de Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de mayo de 2006). Sentencia C-370 de 2006. [MP Manuel José Cepeda Espinosa et al].

República de Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (23 de mayo de 2007). Sentencia C-396 de 2007. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra].

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (8 de julio de 2007). Radicado 27484. [MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón].

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (12 de mayo de 2009). Radicado 31150. [MP Augusto Ibáñez Guzmán].

República de Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de octubre de 2011). Sentencia C-771 de 2011. [MP Nilson Pinilla Pinilla].

República de Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (8 de febrero de 2012). Sentencia C-052 de 2012. [MP Nilson Pinilla Pinilla].

República de Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de agosto de 2013). Sentencia C-579 de 2013. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

República de Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de mayo de 2014). Sentencia C-286 de 2014. [MP Luis Ernesto Vargas Silva].

República de Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (11 de noviembre de 2015). Sentencia C-694 de 2015.

[MP Alberto Rojas Ríos].

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (22 de septiembre de 2020). Sentencia STC7641. [MP Luis Armando Tolosa Villabona].

República de Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala de Justicia y Paz. Auto 245 de 2021. [MP Carlos Andrés Pérez Alarcón]. Recuperado de: **https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342549/60585549/25Acta88CamiloRojasImputacionMedidaSustitucion.pdf/d7ec4320-4b27-4cbd-9d1f-61bf84c0ea88**

La tipificación del delito de injuria y calumnia en el derecho penal latinoamericano. Un análisis desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Germán Eduardo Mesa Garzón[1]

Resumen: El delito de injuria y calumnia son muy comunes en Colombia, por ende, el ordenamiento jurídico colombiano los tipifica dentro del código penal colombiano, por ende, el presente artículo tiene por objeto analizar estos delitos de injuria y calumnia desde una perspectiva internacional, en contra posición con el derecho a la libre expresión. Inicialmente se caracteriza la importancia del principio de legalidad existente en los distintos ordenamientos jurídicos a partir de un recuento doctrinal y jurisprudencial, lo anterior con la finalidad de relacionarlo posteriormente con el derecho a la libre expresión y la evolución legal de las conductas punibles derivadas de esta potestad de comunicación. Por tanto se estudian los límites y vacíos dentro de un marco de legalidad y tipificación objetiva que han hecho parte del ordenamiento jurídico penal latinoamericano en torno a los delitos de injuria y calumnia. En este documento resaltan los distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional desde su papel y función garantista en un ámbito internacional para el primer ente, e interno dentro del territorio colombiano para la Corte Constitucional.

Palabras clave: Injuria, calumnia, derecho internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Constitucional.

1 Doctorado Derecho Procesal Contemporáneo. - Cohorte 17-18 -Universidad de Medellín

The characterization of the crime of libel and slander in Latin American criminal law. An analysis from the American Convention on Human Rights.

Germán Eduardo Mesa Garzón

Abstrac: The crime of libel and slander are very common in Colombia, therefore, the Colombian legal system typifies them within the Colombian criminal code, therefore, this article aims to analyze these crimes of libel and slander from an international perspective, against the right to free speech. Initially, the importance of the principle of legality existing in the different legal systems is characterized from a doctrinal and jurisprudential review, with the purpose of subsequently relating it to the right to free expression and the legal evolution of punishable conducts derived from this power of communication. Therefore, the limits and gaps are studied within a framework of legality and objective typification that have been part of the Latin American criminal legal system regarding the crimes of libel and slander. This document highlights the different pronouncements of the Inter-American Court of Human Rights and the Constitutional Court from their role and guaranteeing function in an international scope for the first entity, and internal within the Colombian territory for the Constitutional Court.

Key words: libel, slander, international law, Inter-American Court of Human Rights, Constitutional Court.

Introducción

El principio de legalidad hace parte del compilado normativo de la ley 599 de 2000 por medio de la cual se expidió el código penal colombiano, así pues en el libro primero de esta norma se disponen las normas rectoras que guiaran el ordenamiento jurídico penal. En este sentido todos los tipos penales que se investiguen y juzguen deberán ser guiados por estas normas, por tanto también están revestidos del principio de legalidad. Para el Estado Colombiano este precepto hace referencia a la preexistencia de la norma, es decir que nadie podrá ser investigado o juzgado en Colombia si no por los delitos que existan con anterioridad a la conducta desplegada.

Ahora bien, la tipificación de los delitos de injuria y calumnia requieren una especial observación en contraposición con los límites y características de la libertad de expresión, teniendo en cuenta que este derecho, representado como un ejercicio de opinión y de prensa (comunicación) ha tenido relevancia a lo largo de la historia toda vez hace parte de una sociedad democrática y participativa. Sin embargo, es importante analizar el alcance de esta acción bajo la lupa de una posible transgresión a los bienes jurídicos personales que se tutelan por medio de la tipificación de los delitos de injuria y calumnia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en representación a su calidad garantista y protectora de Derechos, ha realizado amplios pronunciamientos en torno a la importancia del derecho a la libre expresión, lo cual brinda una perspectiva internacional en torno al problema que se pretende investigar, en el mismo sentido los pronunciamientos de Corte Constitucional revelan la situación de esta potestad dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Sin embargo, la literalidad y redacción de la norma penal en cuanto a los delitos en cuestión dejan una percepción de vacío legal y por tanto una presunta violación al principio de legalidad, así que es necesario identificar el problema de investigación a resolverse dentro del presente artículo, el cual corresponde a ¿Cómo se concibe en el ámbito normativo internacional específicamente en la legislación latinoamericana la tipificación del delito de injuria y calumnia, y cuáles son sus falencias?.

Para lograr dar una respuesta a este interrogante, fue necesario plantear como objetivo general analizar la tipificación del delito de injuria y calumnia en el derecho penal latinoamericano, desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La metodología utilizada para este artículo se enmarca en el tipo de investigación cualitativa, con un enfoque descriptivo y con un diseño

de investigación jurídica, basándose exclusivamente en la revisión documental como metodología relacionada con la recolección de información, teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial como principal foco de obtención de información

Por último, la estructura del artículo se basó inicialmente en realizar una contextualización del tema, posteriormente se tratan los temas del derecho a la libertad de expresión, la reserva legal y la tipicidad penal; luego la tipificación del delito de injuria y calumnia, posteriormente esta tipificación en otros ordenamientos jurídicos y finalmente el acápite de conclusiones.

Contextualización

El derecho penal liberal, al menos desde las primeras declaraciones de derechos individuales de carácter iusnaturalista, como las de Virginia de 1776, la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y el Bill of Rigths de 1791, ha consagrado el principio de legalidad de las conductas sancionadas y ha entregado la reserva al legislador para describir los actos dañosos para la sociedad. Esto tiene una doble función; la primera de ellas, consiste en que sea la ley la que determine las conductas sancionadas, implica el reconocimiento de que la fuente de la legitimidad es el consenso expresado en el espacio de representación popular. Por ende, es necesario traer a colación el artículo 6 y 7 de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 cuando rezan que:

Artículo 6: La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.

Artículo 7: Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia (Constituyente, 1789)

Más evidente aun del papel político y de legitimidad del poder que representa la reserva a la ley en materia penal, es el hecho que la declaración de derechos francesa, repita trece veces la palabra ley, es decir, al ser la ley la

expresión de la voluntad general, al recoger el consenso de la mayoría de los ciudadanos, implica que su determinación es legítima y racional. Esto es claramente contrastable con la arbitrariedad de la que gozaban los jueces del antiguo régimen, que por ejemplo, al ser delegados del rey no debían motivar sus decisiones o incluso sancionaban cualquier comportamiento humano considerado, por ellos como lesivos de los intereses humanos; era el reino de la total inseguridad jurídica (ASUA, 1950).

Sin duda el jurista que mejor comprendió este problema además de los clásicos contractualistas como Becaria, fue Ernest Von Beling, quien defendió la idea del tatbestand (su traducción más cercana es el supuesto de hecho) o la descripción abstracta de la conducta en una norma positiva como un elemento autónomo del delito y relacionado con su descripción objetiva e independiente del juicio de valor sobre su lesividad (Beling, 1906).

En segundo término, en cuanto al papel de la legalidad penal se refiere, ya en términos más concretos, al carácter protector y garantista de los derechos del individuo que es sujeto de la acción penal por parte del Estado. La legalidad penal, como lo explica el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, limita y restringe a los casos definidos por la ley la acción del Estado. La legalidad penal, cumple un rol racionalizador ya que es la "fórmula necesaria al poder punitivo que habilita su ejercicio formal" (Zaffaroni, 2005) teniendo el derecho penal, como dogmática, el deber de reducir las hipótesis de paradigmas conflictivos limitando las prohibiciones penales de las acciones penales sometidas a decisión judicial.

Zaffaroni consciente que la criminalización de una conducta o hecho, es un proceso de definición social que no tiene nada que ver con la "naturaleza" o la ontología de la conducta en cuanto tal, sino que es un "etiquetamiento" que se da en al menos dos momentos, en el primero de ellos por el legislador –la criminalización primaria-, y en un segundo momento por la judicatura –criminalización secundaria- (Zaffaroni, 2005), considera que el rol del derecho penal, en su constante dialéctica con la intensión de punición del Estado, es la defensa de la libertad.

Esta restricción al "poder selectivo" en defensa de la libertad tiene su primera batalla al momento de realizar la criminalización primaria, o definición por parte del legislador las conductas, en abstracto, que serán objeto de persecución punitiva. Una segunda criminalización, la concreta, y por tanto otro espacio de batalla, es la que se da al momento de aplicar la norma, ya sea en espacios judiciales o policivos. Zaffaroni explica a través de ejemplo que la criminalización secundaria, también requiere que la dogmática penal entre en defensa de la libertad personal y no de la legitimación de la punición estatal. Pensemos en el caso de un ciudadano que deja caer al suelo una moneda o un

billete y accidentalmente se posiciona sobre él; un policía podría, a partir de la aplicación de un supuesto delito de "irrespeto a símbolos nacionales". El rol del derecho penal es crear una dogmática que guíe el ejercicio de la acción penal con mira a evitar aplicaciones como las del ejemplo; usos de la norma discrecionales y amplios que faculten al Estado, a través de los funcionarios, que reproduzcan estereotipos de criminalización y aseguren la libertad individual.

Del mismo criterio es el profesor Fontán Balestra quien señala que

> si se dictara una ley que facultara a cualquiera de los poderes públicos a decidir en el momento del hecho, o con posterioridad a él, si es o no posible de sanción, estaríamos resolviendo el caso con la ley anterior al hecho del proceso, que permite, sin embargo, una decisión voluntaria. Si dejáramos librada a la apreciación de la personalidad la intervención de la justicia, y el juez juzgase solo en base a esa personalidad, y no al cumplimiento de una acción descrita en la ley, se llegaría precisamente a lo que se quiere evitar (Fontan, 1950).

Siguiendo estas enseñanzas del profesor Zafaroni, y retomando lo mencionado sobre la reserva legal como respeto a la legitimidad política de la modernidad, el consenso y la mayoría traducido en la ley como manifestación de la voluntad general, a continuación se abordará un debate que en el caso del derecho penal latinoamericano, ha sido abordado a partir de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se ha relevado la arbitrariedad y discrecionalidad de la definición legal – la tipicidad- de los delitos de prensa.

El derecho a la libertad de expresión, la reserva legal y la tipicidad penal

Desde los eventos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII la libertad de expresión, concretada en las libertades de prensa y opinión, ha estado presente en todas las declaraciones de derechos civiles. Ello muestra la importancia de este derecho en la consolidación de los proyectos políticos y jurídicos que se erigieron con la crisis de la sociedad medieval. Debido a esta importancia fundante de la libertad de expresión para la democracia occidental contemporánea, a continuación, realizaremos una breve caracterización de la libertad de expresión tal como ha sido consagrada y desarrollada, tanto en la Corte Constitucional, como en los órganos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. Dicha caracterización permitirá darle dimensiones al debate que podrían ser omitidas, y permite relevar la importancia de este derecho como fundamento y condición de una sociedad democrática.

Para iniciar, es necesario mencionar que la Corte Constitucional y la

Corte IDH han señalado que existe un doble estándar del que goza el derecho a la libertad de expresión en sentido amplio; primero como *conditione sine qua non* para cualquier sociedad democrática o "estándar democrático", y como derecho de doble vía o "estándar de dos dimensiones" (Bertoni)

El primero se refiere, a que libertad de expresión, además de ser un derecho individual, es una condición para el ejercicio de otros derechos políticos, ya que solo con su ejercicio se materializa el debate público, la confrontación de ideas y el derecho al disenso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó:

> "[…] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre" (Herrera Ulloa).

Al restringirse la libertad de expresión, se está limitando o incluso suspendiendo el debate público, la confrontación política propia de las sociedades pluralistas y diversas, además del derecho de todas y todos a criticar, cuestionar o apoyar las decisiones que afectan como sociedad. Debido a esta característica como "condición de la democracia", la Corte Constitucional le ha otorgado un lugar especial y preferente dentro del sistema jurídico colombiano:

> La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas (CP art. 16) y en el desarrollo del conocimiento y la cultura (CP art. 71) sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa (CP arts 1º, 3º y 40). Por ello, en numerosas decisiones, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad, que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado (Sentencia, 2000) [Negrillas fuera del texto]

La segunda característica, se refiere a que el derecho fundamental a la libertad de expresión es de "doble vía" o dos dimensiones. Esto quiere decir, que una restricción a este derecho no solo afecta a la persona a quien se le ha impedido difundir, buscar o recibir información, opiniones o ideas, sino que implica, también, una vulneración al derecho de las personas destinatarias (Eduardo Kimel vs Argentina, 2008). La Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, indicando que:

> Esta facultad abarca, en su aspecto individual, no solamente el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento: la libertad en comento no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende inseparablemente el derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. **Por otra parte, la libertad de expresión stricto senso –entendida como un medio para el intercambio de pensamientos, ideas, opiniones e informaciones entre las personas- tiene una dimensión colectiv**a, **consistente en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa. Esta dimensión colectiva es igual de importante que la individual, por lo cual ambas han de ser protegidas en forma simultánea** (Sentencia, 2007) [Negrillas fuera del texto]

Estas dos características han llevado, tanto a la Corte IDH (Ricardo Canese vs Paraguay), como a la Corte Constitucional, a establecer que cualquier restricción a ella tiene que cumplir con varios requisitos, como: tener el propósito de alcanzar fines compatibles con la democracia, superar un estricto juicio de ponderación, y que, de presentarse, prima facie se entenderán contrarias a la Carta.

> La multiplicidad de razones que justifica otorgar a la libertad de expresión en sentido genérico un lugar privilegiado dentro del ordenamiento constitucional colombiano, tiene una consecuencia práctica inmediata: existe una presunción constitucional a favor de la libertad de expresión. Los principales efectos jurídicos de esta presunción son tres: Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional; presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto; **sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto.** La prohibición de la censura en tanto presunción imbatible. (…) Cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública –en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole-, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa. En la misma medida en que existe una presunción de protección constitucional de toda expresión, **existe una sospecha de inconstitucionalidad de las regulaciones estatales del ejercicio de esta libertad. En consecuencia, toda limitación de la libertad de expresión está sujeta a un control constitucional estricto, en el curso del cual se ha de determinar si están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada** (Sentencia C, 2007) [Negrillas fuera del texto]

Una de estas restricciones establecidas en el Derecho Colombiano, se refiere a la penalización de la Injuria consagrada en el artículo 220 del Código Penal y, prevista con la imposición de la pena privativa de libertad de 16 a 54 meses y una multa de 13.33 a 1.500 SMLMV para quien hiciera "imputaciones deshonrosas" a otro. En el caso de la Calumnia enunciada en artículo 221 de la norma penal sustantiva, se sanciona con pena privativa de la libertad que

oscila entre dieciséis y setenta y dos meses, y multa de 13.33 a 1.500 SMLMV, a quien impute falsamente a otro una conducta típica.

Si bien, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las sanciones al ejercicio abusivo a la libertad de expresión deben debatirse dentro de procesos de carácter civil (Declaración de principios sobre la libertad de expresión), y excluir los de carácter penal, debido a que su sola existencia implican una restricción innecesaria de la libertad de expresión, la jurisprudencia de la Corte IDH, solo ha establecido qué requisitos deben reunir las penalizaciones a la libertad de expresión para estar acordes con la Convención.

A continuación, se mostrará cómo las actuales tipificaciones, no superan los requisitos establecidos por los tribunales mencionados, y, de hecho, por su amplitud, permite que sea usado para perseguir penalmente, las opiniones negativas.

Tipificación del delito de injuria y calumnia

Tal como están definidos los delitos de injuria y calumnia en el derecho penal colombiano, se permite que estos sean aplicados para perseguir penalmente a la crítica política, ya que no establece de manera clara e inequívoca la conducta reprochada. El artículo 220 no contiene las precisiones suficientes para evitar que sea usado, con estos fines, y de hecho la expresión "imputaciones deshonrosas" no describe conducta alguna.

En igual situación se encuentra el delito de calumnia, ya que, al definirse como la imputación falsa de una conducta típica, permite, como vamos a ver, que opiniones negativas sobre funcionarios públicos, por ejemplo, en lenguaje natural tienen un significado, pero para el derecho penal pueden ser tenidos como calumnia. Así - como efectivamente ocurre permanentemente- calificativos generales como "corrupto" o "incapaz", son usados, debido a la amplitud de la redacción del delito, para que se persigan opiniones negativas, o valoraciones y juicios personales, que, en lenguaje natural, y un contexto determinado, no son calumniosos e injuriosos.

Lo anterior, en contradicción con lo establecido por la Corte IDH, que ha determinado que la restricción a la libertad de expresión debe superar un test de proporcionalidad y estar contenida en una ley formal y material. Específicamente en el caso Eduardo Kimel contra la Argentina, la Corte IDH decantó estos requisitos de la siguiente manera:

1. Estricta formulación de la norma que consagra la limitación (legalidad penal)

2. Idoneidad y finalidad de la restricción
3. Necesidad de la medida utilizada
4. Estricta Proporcionalidad (Eduardo Kimel vs Argentina, 2008)

Para desarrollar el argumento que tiene incidencia en la investigación y siguiendo la tesis de Zaffaroni sobre el papel legitimizante o restrictivo de la dogmática penal, es necesario explicar en qué consiste el derecho a la "estricta formulación legal de la norma que consagra la limitación" a la libertad de expresión. La Corte Interamericana explicó que es necesario que cualquier restricción, en especial las de carácter penal, estén contenidas en una ley de carácter formal y material y que ésta debe "ser precisa en observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano" (Caso Castillo Petruzzi y otros). Agrega en la misma sentencia que:

> La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es **preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles**, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una **clara definición de la conducta incriminada**, que fije sus elementos y **permita deslindarla de comportamientos no punibles** o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. **La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.** Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana" (Caso Castillo Petruzzi y otros). [Negrillas fuera del texto]

Es necesario que la restricción a la libertad de expresión, en especial si es de carácter penal, sea clara e inequívoca, con el doble objetivo de impedir, que con base en la ley penal se persiga a las opiniones disidentes y contrarias, y segundo, con el fin de que haya certeza sobre lo que está criminalizado y lo que no. Finalmente, resulta relevante esta cita y los hechos del caso que decidió la Corte Interamericana, ya que se trataba de un periodista e historiador (Eduardo Kimel) quien había sido condenado por el delito de Injuria y Calumnia conforme a la legislación argentina. Al respecto, los artículos 109 y 110 del Código penal de la republica Austral establecían que:

> El que **deshonrare** o desacreditare a otro, será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos o prisión de un mes a un año.
> La calumnia o **falsa imputación de un delito** que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años (Código penal Argentina, s.f)

La Corte en esa ocasión consideró que la tipificación del delito de injuria y calumnia de la legislación argentina eran contrarias a la convención, ya que no cumplían con el requisito de clara formulación legal, y permitía que se persiguiera penalmente a las personas críticas de la actividad estatal. Dijo la Corte: "En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma" (Eduardo Kimel vs Argentina, 2008)

Lo que se concluye de este caso, es que las tipificaciones penales abiertas, ambiguas y de tal apertura como la argentina, contravienen la Convención Americana, ya que la mera existencia disuade a las personas de emitir opiniones críticas respecto de la actuación de las autoridades, dada la amenaza de sanciones penales y pecuniarias.

Las leyes que establecen restricciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, más aun si se trata de leyes penales, deben desarrollar y describir de la manera más precisa, inequívoca y exhaustiva posible la conducta reprochada, ya que de lo contrario, como fue el caso de la ley penal argentina, se abría la posibilidad a que la inconformidad y la crítica propias de las sociedades pluralistas y democráticas fuera criminalizada, y además constituía en una violación al debido proceso de los ciudadanos y las ciudadanas, pues no es posible, con leyes de este tipo, determinar qué conductas no van a ser objeto de la sanción y cuáles sí, violando la máxima latina "nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa"

Al examinar la legislación argentina censurada por la Corte IDH y confrontarla con la legislación colombiana, se evidencia que no presentan diferencias de tipificación significativas, y de hecho la ley colombiana resulta igual de ambigua, abierta y equivoca que la argentina, permitiendo que se inicien, y adelanten procesos, con posibles sanciones penales, contra cualquier ciudadano o ciudadana por la difusión de opiniones críticas o negativas, especialmente tratándose de personas sometidas al debate público. A continuación, se presenta en la tabla 1, un comparativo entre estos 2 delitos en la legislación Colombiana y la Argentina.

Comparativo entre la legislación Colombiana y la Argentina.

Conducta	Ley Argentina	Ley Colombiana
Injuria	"El que deshonrare ... a otro"	"El que haga ... Imputaciones deshonrosas"
Calumnia	"Falsa imputación de un delito"	"... impute falsamente ... una conducta típica"

Tabla 1. Comparativo entre la legislación Colombiana y la Argentina.

Conducta	Ley Argentina	Ley Colombiana
Injuria	"El que deshonrare ... a otro"	"El que haga ... Imputaciones deshonrosas"
Calumnia	"Falsa imputación de un delito"	"... impute falsamente ... una conducta típica"

Fuente: Elaboración propia, datos tomados de las legislaciones mencionadas, 2021.

La tipificación colombiana reza: el que hiciera "imputaciones deshonrosas", y la ley argentina contemplaba "el que deshonrare a otro". Con esta sola lectura basta, para constatar que los dos tipos penales son igual de ambiguos amplios y abiertos, e incumplen los requisitos establecidos por la Corte IDH, frente a la taxatividad, claridad y precisión del principio de legalidad penal.

De hecho, en el caso de la calumnia, los requisitos que establecía el derecho penal argentino, eran más elevados, ya que este hablaba de la imputación de un delito, es decir el triple juicio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, mientras que para la legislación colombiana parece bastar la imputación del juicio de tipicidad, sin ser requisitos la imputación de una conducta punible.

La actual tipificación del delito de injuria, no establece qué debe entenderse por "deshonroso" con lo cual, quien difunda información, u opiniones negativas de alguien pude verse abocado a un proceso penal, ya que al no establecer respuesta a estos interrogantes ¿Qué es deshonroso? o ¿Cuáles son imputaciones deshonrosas?, permite que se sancionen, criticas o discursos, que bien pueden ser anti sonantes, impopulares, groseras o chocantes (Sentencia T , 2007), pero están protegidos por el derecho a la libertad de expresión.

En el caso de la calumnia, la amplitud y vaguedad de su texto, permite que el criterio subjetivo de un funcionario, tome como fundamento este artículo y sancione opiniones, que en el lenguaje natural significan una cosa, pero en el mundo jurídico significan otra. La amplitud, vaguedad e inexactitud, y el hecho que no se diga expresamente que no se penaliza, permite que llamar "corrupto" o "pícaro" a un funcionario público, sea tenido, con respaldo en estos artículos, como un delito de calumnia, esto, porque, un corrupto bien puede ser un prevaricador, o pícaro, alguien responsable de peculado.

La mejor muestra de la vaguedad, amplitud, e imprecisión de estos dos artículos, la evidencia las pruebas practicadas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-213 de 2004, con ocasión de la difusión en un libro de un

periodista en la que se denunciaban casos de prevaricato de funcionarios judiciales, que argumentaban que se trataba de un ejercicio ilegitimo de la libertad de expresión, y por tanto debía ser sancionado penalmente a través del delito de injuria y calumnia. Lo que resulta pertinente de esta sentencia de tutela, es que contra el autor del libro se inició un proceso penal por el delito de calumnia, ya que, en concepto de la funcionaria judicial señalada, ser tratada como "corrupta" era *"imputarle una conducta típica"*.

En esta sentencia la Corte evidencia cómo fácilmente la opinión o la información negativa, pueden ser motivo del inicio de un proceso penal, y cómo, lo determinante para establecer lo punible de la difusión -más allá de la objetividad de la manifestación verbal o escrita- es el contexto en el que este se desarrolle.

Sobre el concepto de insulto se indicó qué:

> Insulto supone la intención de afectar y ofender de manera grave a la persona. Si bien existen expresiones que, en una sociedad globalizada, se estiman objetivamente como insultantes, en términos generales, **el insulto se define a partir de un contexto.** Tal contexto está determinado por elementos socio - culturales que determinan el significado de las expresiones utilizadas. Así, expresiones que en situaciones descontextualizadas se consideran insultantes, son emitidas ordinariamente en relaciones amistosas. Un elemento que se destaca en los documentos recibidos es el carácter interpersonal del insulto. Es decir, el mensaje tiene un destinatario específico (Sentencia T, 2004) [Negrillas fuera del texto]

Así, imputaciones deshonrosas o insultantes que, para una persona en un contexto determinado, resultan ser insultantes, en otros, debido a criterios étnicos, políticos, religiosos, o de clase, no son imputaciones deshonrosas. En igual situación se encuentra la opinión negativa, ó:

> un juicio de valor producto de una evaluación previa. Es posible que tal evaluación previa corresponda a la realidad, en cuyo caso es una denuncia y, en caso contrario, a una acusación. **La opinión negativa tiene la potencialidad de ofender** a la persona evaluada, pero no existe insulto por carecer de la intención de ofender. Sin embargo, nuevamente, **el contexto determina en buena medida el carácter insultante de una opinión negativa**, pero ello, por otra parte, depende de las específicas circunstancias del proceso en cuestión, como el lugar, las personas, etc." (Sentencia T, 2004) [Negrillas fuera del texto]

Es el contexto el que determina si un ejercicio de la libertad de expresión, es una opinión negativa o un insulto, y no basta la literalidad del mismo, para determinar si estamos en presencia de un delito de injuria o calumnia. Además, la Corte Constitucional, ha explicado que una sociedad pluralista y diversa exige, "también la posibilidad que circulen ideas negativas, u opiniones alternativas sobre personas y hechos". Afirma: "Inclusive es necesario que se desafíe a la sociedad misma. La pretensión de que toda opinión sea exclusivamente positiva, conduce a la parálisis de los procesos

comunicativos de la sociedad, pues elimina la posibilidad de que se presenten visiones alternativas o, inclusive, desviadas dentro de ella. Se rompe la posibilidad misma de la comunicación y de generación de ideas.

En este orden de ideas, la sociedad tiene la carga de soportar opiniones que causen molestia o afecten el amor propio de las personas (Sentencia T, 2001). La libertad para expresar y difundir pensamiento y opiniones, permite, por lo mismo, cuestionar y criticar directamente, inclusive llegando al nivel de la exageración y la mortificación, diversos hechos, conductas y personas en la sociedad." (Sentencia T, 2004)

De esta menara, es necesario, y debe ser propiciado por el mismo Estado colombiano, que circulen toda clase de opiniones e informaciones sobre hechos y personas y, si estos ejercicios de la libertad de expresión, solo pueden ser identificados por el contexto como insultantes u opiniones negativas, es claro que, con la descripción típica de los delitos de injuria actuales, no hay certeza sobre cuáles son las conductas sancionadas y cuales están permitidas.

La Corte Constitucional colombiana, ha desarrollado su jurisprudencia en un sentido similar a la del Sistema Interamericano. Frente a los requisitos para las restricciones de la libertad de expresión ha explicado, que - como lo mencionamos arriba- toda restricción a la libertad de expresión se presume prima facie inconstitucional, y para superar esta presunción es necesario que la autoridad estatal cumpla varios requisitos.

El primero, denominado "CARGA DEFINITORIA", establece que para defender una restricción a la libertad de expresión es necesario que se cuente con un

> **respaldo legal preciso, claro y taxativo**… La importancia de esta carga de definir las bases que se invocan para justificar cierta limitación de la libertad de expresión, reside en que cumple una función anti intuitiva, es decir, **busca evitar que el subjetivismo de la autoridad, en lugar de parámetros objetivos, sea la base explícita o implícita del establecimiento de limitaciones sobre esta importante libertad constitucional** (Sentencia C, 2007) [Negrillas fuera del texto]

Podría sostenerse, apelando a criterios de interpretación sistémicos y finalistas, que es posible excluir la aplicación de la ambigua tipificación del delito de injuria, a los casos para los cuales no fue previsto, como con criterio lo han hecho varios jueces que han conocido procesos penales contra periodistas llevados a juicio por difundir opiniones negativas de diferentes personas. Pero lo que sí es cierto, es que "en la práctica resulta muy problemático delimitar" (Sentencia C, 2000), como verbo determinante, con lo cual, y por tratarse de la restricción de un derecho de tal importancia, la ley debe ser taxativa, clara, precisa y no dar lugar a equívocos, y sobre todo dar certeza a la ciudadanía de cuáles conductas no son criminales.

Así, no puede sostenerse que pueden excluirse a través de métodos de interpretación los casos para los cuales no fueron previstos estos dos artículos, porque el hecho cierto, es que basta que una ley penal, permita ese margen tan amplio de apreciación y discrecionalidad, para que sea contraria al principio de estricta legalidad.

La Corte Constitucional, ya ha tenido oportunidad de referirse a leyes que establecen restricciones a la libertad de expresión, y que lo hacen en términos ambiguos, amplios e imprecisos. Esto a propósito del control de unos apartes de la ley 74 de 1966 que establecía, en su artículo 10° "Las transmisiones de programas informativos o periodísticos no podrán hacerse en tono de arenga, discurso o declamación, ni tratando de caracterizar a otra persona mediante la imitación de la voz" (Ley 74, 1996).

En aquella ocasión la Corte constató que la definición era amplia y ambigua lo que permitía que los funcionarios que aplicaran la ley cayeran en subjetivismos ante la inexistencia de un criterio objetivo para determinar cuándo una transmisión radial era una arenga o declamación. En su momento la Corte estudió, la finalidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad de la restricción. Al respecto este órgano de cierre indicó que:

> Sin embargo, no por ello la prohibición es constitucional, pues no representa un instrumento adecuado para proteger la tranquilidad ciudadana, **ni desaparece la ambigüedad del alcance de la interdicción.**
>
> De otro lado, la ambigüedad de la disposición no desaparece, pues incluso si se pudiera eventualmente definir, a nivel teórico, qué es un tono de arenga, discurso, o declamación, sin embargo, **lo cierto es que en la práctica resulta muy problemático delimitar si una transmisión concreta debe o no ser incluida en esas clasificaciones, ya que se trata de una calificación de grado, muy difícil de concretar**. Así, no es claro a partir de qué nivel de vehemencia o de acaloramiento del locutor, entramos en el tono de arenga o discurso, por lo cual las delimitaciones de cuáles contenidos son sancionables queda abandonada al criterio subjetivo de las autoridades encargadas de controlar el cumplimiento de esas reglamentaciones.
>
> **La enorme ambigüedad que implica la aplicación de una tal restricción pone entonces en riesgo excesivo la libertad de expresión**, sin que sea claro que la disposición favorezca el cumplimento de un objetivo constitucional de importancia, por lo cual no queda a la Corte otra alternativa sino declarar la inexequibilidad, de la expresión "en tono de arenga, discurso o declamación" prevista en el artículo acusado (Sentencia C, 2000) [Negrillas fuera del texto]

La Corte siguiendo el criterio de su par continental, entiende que debido a que las restricciones a la libertad de expresión son excepcionales, y que de hecho son inconstitucionales en principio, éstas, deben estar contenidas en leyes que deben ser claras e inequívocas, por lo cual basta con que la norma presente ambigüedades y permita subjetivismos en su interpretación para que devenga en inconstitucional. Es igualmente pertinente lo dicho por la Corte Constitucional a propósito de la libertad de configuración del legislativo en

materia penal, indicando que:

> Respecto del poder punitivo ordinario del Estado, la Corte Constitucional ha reiterado que el legislador goza de amplia competencia (libertad de configuración legislativa) para definir cuáles conductas han de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que, frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de "control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos.
>
> (…) la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible.
> 5.1 Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (I) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) (Sentencia C, 2000) y que (II) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: "*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*" (Sentencia C, 2001). De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), **y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca** (Sentencia C, 2002) [Negrillas fuera del texto]

En otra providencia explicó sobre los límites al mismo principio de libertad de configuración, indicando que:

> Este principio busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta dónde va la protección jurídica de sus actos. Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir, la **abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva**; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria (Sentencia C, 1993) [Negrillas fuera del texto]

En este sentido, al observar la estructura del artículo segundo de la Carta Superior, el inciso primero advierte cuatro fines esenciales del Estado: "servir a la comunidad, buscar la prosperidad y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos contenidos en la Constitución", se puede observar entonces que el Estado al emitir medidas paternalistas en busca de la protección de los intereses de las personas puede quedar inmerso en el "llamado perfeccionismo o moralismo jurídico que no es en ningún caso compatible con los principios contenidos en nuestra Constitución" (Ramirez, 2020).

Aunque de los dos artículos del código penal analizados existe análisis jurisprudencial amplio, es necesario poner de presente la contradicción que surge de su abordaje al señalar que "la Corte Constitucional ha entendido que

existe una serie de protección multinivel de los derechos al buen nombre y a la honra, dentro de la cual, los tipos penales de injuria y calumnia solo sería aplicables cuando se tratan de vulneraciones especiales serias de estos derechos fundamentales" (Sentencia C, 2011), pero también el alto tribunal ha indicado que, no obstante tratándose (al parecer) de un asunto diferente, "las medidas de virtud o de excelencia moral son inconstitucionales" (Sentencia C, 2010), puesto que existe un alto grado de restricción del derecho de autonomía, libertad de expresión, libre desarrollo de la personalidad, libertad de informar y ser informado, y existen otras medidas para lograr la misma finalidad.

Finalmente, al observar los elementos normativos de cada conducta punible como el "derecho a la honra y buena reputación" para la injuria y "conducta típica" para la calumnia, no existe claridad respecto de su tratamiento, así como la falta de elementos descriptivos, no solo por la eterna discusión de si un simple hecho deshonroso constituye delito, sino porque toca lidiar con el delito imaginario, que en definitiva puede originar una persecución penal de una conducta punible inexistente, o la extinción del delito antes de la denuncia lo que dificulta, además, la determinación del daño.

En el mismo sentido, cuando analizamos los artículos 220 y 221 del código penal encontramos que se trata de una conducta punible de peligro y dentro su esquema podemos encontrar, también contradicciones en la argumentación en cuanto a las consecuencias entre acción y resultado, y "para determinar la antijuricidad del hecho se distingue entre desvalor de la acción y el desvalor del resultado" (Conde, 2012), lo que no permite, de manera clara, en casos específicos determinar el daño causado por la acción humana. Resultan demasiadas contradicciones y vacíos en el desarrollo y en la práctica de estas conductas para que tengan el tratamiento de injusto penal, y que surja una respuesta por parte del legislador endurecedora y restrictiva de derechos fundamentales que no merecen poner en marcha todo el aparato jurisdiccional penal cuando existen otras formas para su abordaje, tratamiento y protección.

Otros ordenamientos jurídicos

El caso de la Corte IDH de Eduardo Kimel, existen otros precedentes del derecho comparado, en el que Tribunales y Congresos, han entendido que la restricción a la libertad de expresión, en sí mismo representa una restricción a la democracia política, y por ser excepcionales solo se permiten, en cumplimiento de estrictos requisitos. Por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal del Brasil, en providencia del 21 de abril de 2008, suspendió temporalmente la vigencia de los artículos de la ley de prensa que permitían

adelantar procesos penales a los y las periodistas.

En México la despenalización de los delitos de "prensa" o del "honor", a través de la derogación de los artículos 348 y s.s. del código penal federal se realizó, en el año 2000, momento, a partir del cual, la competencia para conocer de ejercicio ilegítimos de la libertad de expresión, paso a la jurisdicción civil.

Iguales ejemplos han seguido ya que los legisladores panameños que, en su reciente código penal, excluyeron la responsabilidad penal cuando el sujeto pasivo de la conducta sea un funcionario público; para ellos es claro que cuando una persona se somete al debate público, la protección al buen nombre y honra sede frente al derecho a realizar críticas y veeduría. Por su parte, recientemente la Asamblea General del Poder Legislativo de Uruguay reformó el Código Penal y la Ley de Prensa, eliminando las sanciones por la divulgación de opiniones o informaciones sobre funcionarios públicos o sobre asuntos de interés público, salvo cuando la persona presuntamente afectada logre demostrar la existencia de real malicia.

Conclusión

Siguiendo la posición criminológica garantista y pronunciamiento en torno al derecho penal del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni; como ejemplo al tratamiento realizado a los delitos de injuria y calumnia en argentina concordante con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, resaltando la doble importancia del principio de legalidad en las sociedades liberales; y reconstruyendo el debate tanto de la Corte Constitucional Colombiana como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede afirmar que la tipificación actual de los delitos estudiados del derecho penal colombiano, tal como en su momento ocurría en el derecho penal argentino, implican una violación al principio de reserva legal y estricta penalidad.

Así la vigencia de los artículos 220 y 221 del código penal colombiano, debido a su imprecisión, ambigüedad e inexactitud no solo pugna con el principio arriba señalado, sino que también atenta contra las libertades fundamentales de expresión, de opinión y de información, donde lo pretendido por la parte demandante, denunciante o accionante, en la mayoría de las casos, es la censura previa, que implica la imposición de deberes de imposible cumplimiento, es decir, que se prohíba la libertad de expresar y difundir el pensamiento, las opiniones, la posibilidad de informar y recibir información veraz e imparcial y obtener medidas tendientes a restringir contenidos, en principio, catalogados por el actor como violatorios al buen

nombre y la honra cuyo propósito final es el de sacrificar injustificadamente las libertades aludidas.

Al respecto, el tratamiento a seguir en caso de "imputaciones deshonrosas o conductas típicas" puede corresponder ya no al derecho penal como "ultima ratio", sino al derecho civil, jurisdicción que ofrece seguridad jurídica en concordancia con la protección de los derechos fundamentales y principios constitucionales como, el debido proceso, contradicción, defensa, honra y buen nombre, legalidad, igualdad, y acceso a la justicia. En el mismo sentido, se puede garantizar, mediante medidas claras, en una decisión judicial declarativa, por ejemplo, una imposición de una sanción pecuniaria y su efectivo cumplimiento, la garantía de no repetición, y la rectificación o retractación de lo expresado, opinado, difundido o comunicado, lo que genera celeridad y eficiencia en estos casos, y también la descongestión de fiscalías y juzgados penales respecto de situaciones fácticas que no corresponden o no ameriten todo el movimiento (investigación, audiencias de control de garantías, audiencias de conocimiento e incidente de reparación integral) del derecho penal.

Todo el anterior, no solo resulta una carga excesiva para la administración de justicia al colocar en marcha el aparato jurisdiccional en materia penal, sino que genera congestión, inseguridad jurídica y una inadecuada utilización de recursos de toda la rama judicial, pues entiéndase que en cada proceso además de actuar la Fiscalía General de la Nación a través de sus delegados, con todo su andamiaje (investigadores, policía judicial o según especialidad, medicina legal), también lo hace, la Defensoría Pública o defensores de confianza, la Procuraduría General de la Nación a través de sus delegados, las víctimas a través de sus apoderados de confianza o designados por la Fiscalía, y los jueces.

Referencias

ASUA, L. J. (1950). Tratado de derecho penal, Tomo II. Losada.

Beling, E. V. (1906). Die lehre vom verbrechen.

Bertoni, E. A. (s.f.). La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Obtenido de **www.adc.org.ar/download.php?fileId=344**

Caso Castillo Petruzzi y otros (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Constituyente, A. N. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y el ciudadano.

Corte Constitucional. (1993). Sentencia C, 127. Obtenido de: **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-127-93.**

Corte Constitucional. (2000) Sentencia C, 010. Obtenido de: **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-010-00.htm**

Corte Constitucional. (2000). Sentencia C, 996. Obtenido de: **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-996-00.htm**

Corte Constitucional. (2001). Sentencia C, 177. Obtenido de: **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-177-01.**

Corte Constitucional. (2001). Sentencia T, 1319. Obtenido de: **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/t-1319-01.htm**

Corte Constitucional. (2002). Sentencia C, 939. Obtenido de: **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-939-02.**

Corte Constitucional. (2004). Sentencia T, 213. Obtenido de: **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-213-04.**

Corte Constitucional. (2007). Sentencia T, 391. Obtenido de: **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm**

Corte Constitucional. (2010). Sentencia C, 639. Obtenido de: **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-639-10.htm**

Corte Constitucional. (2011). Sentencia C, 442. Obtenido de: **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-442-11.htm**

Declaración de principios sobre la libertad de expresión, Principio #10 (Comision Interamericana de Derechos Humanos). Obtenido de **//www.cidh.oas.org/annualrep/ 2008sp/ INFORME %20ANUAL%20RELE%202008.pdf**

Eduardo Kimel vs Argentina, 177 (Corte IDH 02 de Mayo de 2008).

Fontan, C. B. (1950). Misión Garantista del derecho penal. Depalma.

Herrera Ulloa (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Muñoz, C. F (2012). Derecho Penal parte General. Tirant lo blanch.

Quinche, M. F. (2020). Derecho Constitucional Colombiano. Temis S.A

Ricardo Canese vs Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Zaffaroni, E. R. (2005). Derecho penal parte general. Ediar.

Integración de disposiciones procesales en Colombia: un estudio de caso como evidencia del caos respecto a la tutela efectiva y el debido proceso. [1]

Diego Armando Yañez Meza [2]
Darwin Clavijo Cáceres [3]

Resumen: Son diversos los problemas de aplicación que se presentan en desarrollo del proceso judicial en Colombia, tanto desde el exclusivo ámbito de los asuntos regulados por el actual Código General del Proceso, como desde cualquiera de los ámbitos especiales de aplicación, dentro de los cuales se encuentra por ejemplo, al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Estos desafíos en la aplicación se originan en lo fundamental por la incomprensión de la operancia del derecho procesal como sistema en Colombia, donde resulta transcendental la suficiente consideración respecto de las reglas que permiten la integración de disposiciones procesales teniendo en cuenta los *Aspectos no regulados* conforme al CPACA, la Interpretación de las normas procesales y los Vacíos y deficiencias del código, conforme al CGP.

Esta incomprensión se traduce en la práctica en lesión del derecho a la igualdad, y desconocimiento de los principios de seguridad jurídica y de previsibilidad del derecho, los cuales se erigen en piedra angular de un Estado que se declara como Social de Derecho. Por lo anterior, este texto permite alcanzar la comprensión del derecho procesal como sistema en Colombia y los problemas de aplicación actuales a partir de un estudio de caso.

1 Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Este documento es resultado del proyecto de investigación "INTEGRACIÓN DE DISPOSICIONES PROCESALES EN COLOMBIA: DESDE LOS ÁMBITOS ESPECIALES DE APLICACIÓN AL ÁMBITO ORDINARIO" y "CONFIGURACIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL DE FUENTES DEL DERECHO EN COLOMBIA, A PARTIR DEL SISTEMA DE MEDIOS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE LOS PARTICULARES Y LAS AUTORIDADES" vinculado al Grupo de Investigación en Derecho Público y al Semillero de Investigación en Derecho Administrativo "Louis Antoine Macarel" de la Universidad Libre -Cúcuta-, Colombia. El autor agradece la contribución al proceso investigativo como auxiliares de investigación a Daniela Ramírez López, Jessica Ramírez López y Claudio Andrés Ramírez Sabogal.

2 Abogado, Universidad Libre -Cúcuta-; Especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia; Magister en Derecho Administrativo (Investigativa), Universidad Externado de Colombia; Magister en Derecho Procesal Contemporáneo (Investigativa), Universidad de Medellín; Doctor (C) en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín. Autor de distintos libros y artículos de investigación. Director del Centro Seccional de Investigaciones y el Semillero de Investigación en Derecho Administrativo "Louis Antoine Macarel" de la Universidad Libre -Cúcuta-. Docente en las cátedras Teoría del Estado y Derecho Administrativo General y Colombiano.
Correo electrónico: diego.yanez@unilibre.edu.co; diegoymezabogado@gmail.com.
CvCLA:https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149

3 Abogado, Universidad Libre -Cúcuta-; Especialista en Derecho Administrativo y en Docencia Universitaria, Universidad Libre; Especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca; Magister en Educación Superior, Universidad Santiago de Cali; Doctor en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, Universidad de Salamanca.
Correo electrónico: darwing.clavijoc@unilibre.edu.co; clavijocaceres@yahoo.com.
CvCLA:https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000809179

Palabras clave: sistema procesal, aplicación disposición procesal, Código General del Proceso, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, integración, estudio de caso.

Integration of procedural provisions in Colombia: a case study as evidence of the chaos regarding to effective protection and due process.

Diego Armando Yañez Meza
Darwin Clavijo Cáceres

Abstract: There are several application problems which are got in the development of the judicial process in Colombia, both from the exclusive scope of subjects regulated by the current General Process Code, and from any of the special areas of application, within which there are for example, the Code of Administrative Procedure and Administrative Litigation. These challenges in the application are fundamentally originated by the misunderstanding of how the procedural law works as a system in Colombia, where the consideration regarding the rules is so useful that this allows the integration of procedural provisions taking into account the Aspects which are not regulated according to the CPACA. The Interpretation of the procedural norms and the gaps and deficiencies of the code, based on the CGP.

This misunderstanding is reflected in practice because affected the right to equality, and the ignorance of the principles of legal security and predictability of the law, which are the cornerstone of a State that declares itself as a Social Law. In summarize, this text allows to understand the procedural law as a system in Colombia and current application problems using a case study.

Keywords: procedural system, procedural provision application, general code of the process, Administrative Procedure and administrative litigation Code, integration, case study.

Introducción

En Colombia la **tutela efectiva**[4] de los derechos no es un fin que sea de exclusiva preocupación de la función jurisdiccional y su providencia judicial, pensamiento que parece haberse incorporado en el inconsciente y hecho parte de nuestra cultura jurídica. Por el contrario, debe entenderse que en Colombia la tutela efectiva es un fin que es propio también de las administraciones públicas -AP- en cualquiera de las hipótesis a partir de las cuales se concreta la función administrativa, bien se trate de un acto, contrato, hecho, omisión, operación, o cualquier otra causa que sea sujeta materialmente a esa función, es decir, al no ser el ejercicio de función jurisdiccional o función legislativa o que se derive del poder de los particulares.

Esto resulta aún más relevante si se examinan algunas evidencias de la cotidianidad ante las administraciones públicas, en el ejercicio del litigio o de la sola gestión de asuntos, en donde en no pocas ocasiones sus decisiones y dinámicas internas -las de la AP- parecieran ir en un sentido y, la final providencia judicial que lo controla, en uno opuesto. Lo anterior es lo que impulsa la cuestión fundamental sobre la **tutela administrativa efectiva** y sus formas, principal pero no únicamente, en el escenario típico de la actuación administrativa, que no es otro que el del procedimiento administrativo que diseña y produce al acto administrativo.

¿Por qué se afirma que la tutela administrativa efectiva no es exclusiva del procedimiento administrativo que diseña y produce al acto administrativo?, la razón es básica. Con contundencia debe afirmarse que, sobre las restantes formas como la AP materializa su función administrativa, o en términos más informales como la AP "se manifiesta o expresa", también se proyecta este fin, independientemente de la injerencia de la voluntad de la administración o no, dado que también desde la acción preventiva se puede alcanzar tutela efectiva de los derechos.

Desde la tutela efectiva como fin, el procedimiento administrativo adquiere otros alcances, al punto en que clásicos debates como el de la actuación administrativa como privilegio o garantía podrían perder sentido. Si se parte de este fin, el trámite no podría considerarse simplemente como un escenario para negar lo pretendido en una o dos ocasiones en virtud de la interposición de recursos, ni como una o dos oportunidades, que ningún otro sujeto tiene, para que la AP edifique estrategias para su defensa antes de ir a la

4 La tutela efectiva y su significado se especifica desde el punto de vista del ejercicio de las funciones públicas en las que se presenta concreción del derecho, es decir la función de atender y resolver peticiones o pretensiones en casos concretos, competencia que se ejerce exclusivamente a partir del ejercicio de la función administrativa y jurisdiccional, guardando la integridad del debido proceso, la seguridad jurídica, la previsibilidad del derecho y el derecho a la igualdad.

jurisdicción; por el contrario, el procedimiento administrativo se ve como un momento para la materialización del derecho sustancial y la prevención del conflicto, con el propósito de que éste realmente no llegue al juez.

Desde esta perspectiva es que se aborda en este texto el estudio de la disposición procesal y la configuración del sistema procesal colombiano, debiendo indicarse que, si bien tanto el procedimiento administrativo como el proceso contencioso **se encuentran contemplados en la Ley,** sobre éstos tiene una gran injerencia **el contenido de las subreglas que crea o reitera la jurisprudencia,** lo cual puede afectar su diseño. Por ello, en este texto se analizará con especial cuidado este angular aspecto, dado que ese diseño no vendría solo del legislador y su Ley, como pudiera pensarse, sino que desde el juez se van integrando contenidos.

Bajo este breve contexto se justifica la presente investigación, la cual centra sus esfuerzos en algunas de las disposiciones e instituciones del originario, actual y recientemente reformado Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- (Ley 1437, 2011), con análisis propios a la teoría del proceso y problemáticas de integración frente al Código General del Proceso -CGP- (Ley 1564, 2012), incluyendo en algunos casos el análisis de línea jurisprudencial aplicable. Por esta razón, el lector encontrará como metodología del texto la exposición de cada uno de los artículos del CPACA, pero con la presentación posterior de disertaciones entorno a su significado teórico y del día a día en su aplicación, con lo cual se aspira conectar lo que suele denominarse como "lo académico" con "la práctica", las cuales nunca han estado ni podrían estar distanciadas, dado que son variables inescindibles.

Cuando se afirma que se incluirán "…en algunos casos el análisis de línea jurisprudencial aplicable…", se quiere significar que metodológicamente se expondrán decisiones desde los juzgados, tribunales y las altas cortes en forma conjunta y de manera analítica, crítica y propositiva, principalmente desde la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en particular, y en general desde la jurisdicción de lo contencioso administrativo y constitucional.

Finalmente, dado el "carácter dinámico" de la norma procesal no solo por la intervención de la interpretación del juez sino desde la creación del legislador, en este texto y en el futuro libro que se encuentra en construcción, se intenta ir en concordancia con las significativas reformas (avances y/o retrocesos) que la principal y originaria disposición procesal especial (Ley 1437, 2011) ha tenido a partir de su entrada en vigencia el 2 de julio de 2012, tales como las que se han dado desde la Ley "Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los

procesos que se tramitan ante la jurisdicción" (Ley 2080, 2021), el Decreto "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica" (Decreto 806, 2020), la Ley "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" (Ley 1755, 2015), la Ley "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones" (Ley 1564, 2012), la Ley "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014" (Ley 1450, 2011), entre otras que seguramente escapan a esta lista meramente enunciativa.

Problema de investigación

¿Cómo opera la concepción del derecho procesal como sistema a partir de la configuración de la disposición procesal por el legislador y la completud o incompletud de la disposición procesal especial y la disposición procesal residual en Colombia?

Esquema de resolución

Con el propósito de desarrollar el problema planteado, se expondrán tres aspectos centrales: **1.** la integración de disposiciones procesales en Colombia respecto del proceso contencioso administrativo y el procedimiento administrativo, **2.** una problemática de aplicación en estudio de caso: ¿Cuáles son los posibles criterios respecto a la forma como debe presentarse ante el juez, la demanda y su corrección, con ocasión de haber sido inadmitida, indiferentemente del defecto que adolezca?, **3.** otra problemática de aplicación en estudio de caso: desde lo que podría denominarse derecho procesal constitucional, Decreto 2591 de 1991 (disposición procesal especial) al Código General del Proceso (disposición procesal residual), finalmente se formulan las conclusiones y referencias.[5]

5 La presente investigación se encuadra en un enfoque cualitativo, propio de un tipo de investigación descriptivo, por cuanto se identifican los contenidos esenciales de la institución objeto de estudio conforme a las disposiciones vigentes; explicativo, por cuanto no solo se hacen afirmaciones sobre lo que dicen las disposiciones, sino que se asume una postura crítica en referencia al objeto de estudio. El instrumento de investigación que se empleó fue la ficha de análisis jurisprudencial (Clavijo Cáceres, Guerra Moreno, & Yañez Meza, 2014), utilizando la técnica de análisis de contenidos. En relación con la forma en que se construye la línea jurisprudencial se tomó como referencia el método de análisis

1. Integración de disposiciones procesales en Colombia: respecto del proceso contencioso administrativo y el procedimiento administrativo.[6]

En Colombia, en un mismo tiempo y espacio, interactúan diferentes disposiciones procesales, básicamente concebidas a partir de ámbitos de aplicación especiales por la naturaleza del asunto, y bajo una instancia final de aplicación en un ámbito ordinario o residual. Bajo esta lógica se da orden a la norma procesal, en la que puede encontrarse como ejemplo, al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- adoptado mediante la Ley 1437 de 2011 como disposición procesal especial en materia administrativa y al Código General del Proceso -CGP- adoptado mediante la Ley 1564 de 2021 como disposición procesal ordinaria y a la vez residual. De esta forma, se integra la norma procesal y el sistema se cierra, por lo menos en teoría, en forma plena.

Con el CGP (Ley 1564, 2012) se tuvo una inicial intención en la integración de todas las disposiciones procesales existentes, de tal forma que en una sola fuente (la Ley) "por medio de la cual se expide el Código General del Proceso" se encontrarán todos los procesos, procedimientos, trámites, recursos, acciones, etc., sobre cualquier pretensión, sin importar la especialidad por la naturaleza del asunto o el juez competente. Al respecto se debe indicar que de la anterior consideración siempre se excluyó al ámbito penal, el cual cuenta con un Código de Procedimiento Penal (Ley 906, 2004).

Esta intención no fue posible materializarla -siendo este un aspecto que será analizado en próximo estudio- y por esta razón, dentro del objeto del CGP solo se regulan los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, aplicándose además en forma residual, a todo asunto de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes, de conformidad al artículo 1º -Objeto- CGP; es decir, siempre y cuando no exista una disposición procesal especial, como lo sería el CPACA o el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

De esta forma y a causa de la inevitable interacción que existe entre la disposición procesal especial y la residual **(integración dispositiva)**, aparece el problema de las remisiones normativas, las cuales se clasifican en dos: remisiones intranormativas y remisiones internormativas.

6 dinámico. A este respecto resulta relevante la doctrina (López Medina, 2008) (Yañez Meza, Pabón Giraldo, & Colmenares Uribe, 2021).
El presente capítulo toma como referencia un texto publicado titulado "Integración de disposiciones procesales en Colombia: desde los ámbitos especiales de aplicación al ámbito ordinario o residual" (Yañez Meza, 2017)

Una **remisión intranormativa** se identifica a partir de la necesidad de la lectura y análisis de varias disposiciones dentro de una misma fuente para poder entender sistemáticamente una determinada institución; esta puede ser expresa o tácita. Un ejemplo de remisión intranormativa expresa podrá encontrarse en el artículo 102 del CPACA, respecto a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, y la integración que debe realizarse con el artículo 269 del mismo Código, respecto al procedimiento para la extensión por el Consejo de Estado.

Como se observa aquí se navega en una misma fuente formal del derecho (Ley 1437, 2011)

Una remisión internormativa se identifica a partir de la necesidad de la lectura y análisis de varias disposiciones de fuentes distintas para poder entender sistemáticamente una determinada institución; esta puede ser expresa o tácita. Un ejemplo de remisión internormativa expresa puede encontrarse en el artículo 270 del CPACA, respecto al concepto sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, y la integración que debe realizarse con el artículo 36A de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270, 1996), respecto a la identificación completa de las sentencias tipo U proferidas por este juez, particularmente de aquellas expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia del CPACA.

Como se observa aquí no se navega en una misma fuente formal del derecho, dado que interactúan por lo menos dos: (Ley 1437, 2011) (Ley 270, 1996).

Podría pensarse que esta interacción que finalmente posibilita la **integración** es perfecta, sin embargo, esto no es más que un ideal dado que supondría los siguientes escenarios: **1.** que la citación de la disposición a la que se remite es en todos los casos precisa y exacta y **2.** que en la creación del trámite por el legislador se contemplan todas las hipótesis que conlleve la aplicación de la disposición, de tal forma que sin importar lo que la práctica presente en alguno de los incisos o numerales o literales o parágrafos de la Ley se encontrará una solución. Este pensamiento no resultaría errado si se piensa en las décadas de vigencia de los códigos procesales en Colombia, que permitirían en teoría pensar, que con las recientes reformas se logró recoger toda esa experiencia y respecto de los vacíos o conflictos de interpretaciones existentes se regularon todas las hipótesis que precisamente llevaron a problemas de aplicación.

Sin embargo, como se indicó, este no es más que un ESCENARIO IDEAL, al cual ha de contraponerse el ESCENARIO REAL de configuración de la disposición procesal, que en lo fundamental muestra que: **1.** la citación de la disposición a la que se remite puede ser no precisa o inexacta y **2.** el

legislador no contempla todas las hipótesis posibles que en la aplicación del trámite puedan presentarse para cubrir esos escenarios de vacíos o conflictos de interpretaciones existentes. A lo anterior, habría de adicionarse la complejidad del sistema procesal, el cual ha llevado a que en la práctica judicial y administrativa se evidencien serias dificultades para todos los sujetos procesales, llegándose a desconocer en un momento dado, qué es lo que aplica y qué no aplica en la integración de disposiciones.

Una evidencia frente a lo mencionado en el numeral 1° arriba mencionado se encuentra en la disposición "Por el que se corrigen unos yerros en la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones" (Decreto 1736, 2012).

La consecuencia no podrá ser más gravosa, por cuanto se compromete o estaría en permanente tensión el derecho fundamental al debido proceso. Si un determinado juez no aplica cierta disposición procesal al realizar un inadecuado ejercicio de integración, vulnera el debido proceso. Lo anterior, no escapa a la función administrativa, respecto de quien se adaptan los razonamientos expuestos: si una determinada administración pública no aplica cierta disposición procesal al realizar un inadecuado ejercicio de integración, vulnera el debido proceso.[7]

Naturalmente y como se indicó, partiendo de la disposición procesal especial en el sistema, debe tenerse como presupuesto que ella es INCOMPLETA, no encontraríamos entonces en un código como el CPACA la disposición procesal íntegra respecto de los asuntos administrativos desde el escenario real de operancia del sistema procesal, luego siempre va a existir interacción con la que en el sistema es la norma procesal ordinaria o residual -CGP-. En otros términos, esa incompletud es la que habilita la integración. Si el escenario ideal fuera una realidad la consecuencia sería la de inexistencia de integración de disposiciones procesales, lo cual desconocería la operancia

7 Esta apreciación resulta particularmente relevante frente al Procedimiento Administrativo, Parte Primera del CPACA (Ley 1437, 2011), por cuanto la integración se realiza desde los trámites en el ejercicio de la función judicial hacia la función administrativa. Al respecto, un breve relato con relación a un suceso de un caso en la práctica: en un asunto regulado por el Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801, 2016), se inicia una actuación en el ejercicio del derecho fundamental de petición. Pasados los días y ante la inexistencia de noticia por la autoridad a través de canal físico o digital, la persona se dirige a la Corregiduría para conocer lo que ha pasado con su petición. Llegado a las oficinas y cuestionado sobre el asunto al funcionario para solicitarle el expediente, éste se extraña al escuchar la palabra "expediente" y tras algunos minutos más hacia adentro de las instalaciones, el funcionario sale y manifiesta que no debe haber un expediente por cuanto ello no se encuentra en el Código Nacional de Policía y Convivencia. Al final y luego de un tiempo en esa mañana la petición apareció en alguna de las gavetas.
Lo anterior, desde nuestra opinión evidencia la consecuencia a la que se ha hecho referencia, la cual encuentra como causa el desconocimiento en la integración de disposiciones procesales desde los ámbitos especiales de aplicación al ámbito ordinario. Si el funcionario tuviera claridad de que el Código Nacional de Policía y Convivencia debe integrarse con el CPACA y el CGP, seguramente su razonamiento hubiese sido distinto respecto a la conformación del expediente.

del derecho procesal como sistema.

Teniendo en cuenta lo anterior, ¿sería viable considerar una disposición procesal especial que excluyera totalmente la integración con el CGP? la respuesta debe ser negativa. Entre otras, si se tiene en cuenta que la disposición procesal especial siempre será incompleta, aunado a que la justificación de disposiciones procesales especiales es muy discutible (laboral, administrativo… excepto en lo penal), luego habría una importante conciencia de real unificación, y que una fórmula en este sentido se reitera, desconocería la operancia del derecho procesal como sistema.

A partir de este contexto el derecho procesal como sistema presenta las reglas para la procedencia en la integración de disposiciones procesales desde ámbitos especiales de aplicación al ámbito ordinario o residual, en las siguientes consideraciones respecto del CPACA-CGP:

ARTÍCULO 306. Aspectos no regulados
En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
Texto sin modificaciones desde la expedición de la Ley 1437

Tabla 1. Esquema artículo 306 del CPACA.
Fuente: Elaboración propia del autor

Con esto se precisa:

1. Existen disposiciones procesales especiales y una disposición procesal ordinaria, que además es residual.

2. Si la disposición procesal especial regula una determinada institución, no se puede aplicar la que sería su equivalente en la disposición procesal residual.

3. Para poder aplicar una determinada institución regulada en una disposición procesal residual -no está regulada en la disposición procesal especial-, esta debe ser "compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que corresponden" a la disposición procesal especial.

Esta a situación se revela claramente en diversas disposiciones de nuestros Códigos al siguiente tenor -se reitera respecto de disposiciones procesales especiales-:

> **Artículo 145.** Aplicación analógica. A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este Decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial. (Decreto-Ley 2158, 1948)**.**
>
> **Artículo 267.** Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo. (Decreto 01, 1984).
>
> **Artículo 181.** Remisión al procedimiento ordinario. Los aspectos no regulados en este procedimiento se regirán por lo dispuesto en el siguiente y por lo señalado en el procedimiento ordinario, siempre y cuando no afecte su naturaleza especial. (Ley 734, 2002).
>
> **Artículo 4°. Autonomía del acto y del procedimiento de Policía.** Las disposiciones de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no se aplicarán al acto de Policía ni a los procedimientos de Policía, que por su misma naturaleza preventiva requieren decisiones de aplicación inmediata, eficaz, oportuna y diligente, para conservar el fin superior de la convivencia, de conformidad con las normas vigentes y el artículo 2° de la Ley 1437 de 2011. Por su parte las disposiciones de la parte segunda de la Ley 1437 de 2011 se aplicarán a la decisión final de las autoridades de Policía en el proceso único de Policía, con excepción de aquellas de que trata el numeral 3 del artículo 105 de la ley en mención. (Ley 1801, 2016)

A partir de esto, lo que se observa en la práctica es que al momento de decidirse sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de disposiciones procesales a partir de remisiones internormativas, desde los ámbitos especiales de aplicación al ámbito residual, no se motiva en forma suficiente respecto de los problemas centrales frente al debido proceso, esto es, respecto a la compatibilidad con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y respecto a que se trate de un aspecto regulado o no.

En lo particular, respecto a la primera de las reglas, que sea un aspecto contemplado o regulado o no en la disposición procesal especial, para este efecto del CPACA hacia el CGP, en algunas hipótesis no se trata de un simple contraste de artículos entre una y otra disposición, dado que ese ejercicio puede resultar insuficiente. En otros términos, el ejercicio de comparar la disposición

procesal especial con el CGP no es tan simple o automático como una lista de chequeo, luego esta regla exige e implica un auténtico análisis de fondo.

De igual forma, respecto a la segunda de las reglas, es decir, una vez se responde que se está frente a un asunto no regulado o no contemplado sin titubeos, esa institución debe ser compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Surgen entonces importantes cuestionamientos: ¿Cuáles son los parámetros o consideraciones para encontrar la predicada incompatibilidad?, ¿Se trata de justificaciones de orden procesal o sustancial?, ¿Requiere alguna dosis de prueba la justificación que se perfile respecto a esa incompatibilidad?

Por todo lo anterior, esta disposición de integración es angular para la comprensión del derecho procesal como sistema, siendo obligatorio disertar sobre la aplicación de determinadas instituciones desde el ámbito residual en el CGP y hacia el ámbito especial de aplicación del CPACA, y viceversa, con el propósito de evidenciar la problemática planteada respecto al debido proceso. Para este efecto se formulará una pregunta compleja perfilando una postura crítica en relación con el fondo de aspectos no regulados en la disposición especial y sobre el real significado de la necesaria compatibilidad con la naturaleza de los procesos y actuaciones que se adelantan en los ámbitos especiales de aplicación, para que pueda ser aplicable una determinada institución desde el ámbito residual:

2. Una problemática de aplicación en estudio de caso: ¿Cuáles son los posibles criterios respecto a la forma como debe presentarse ante el juez, la demanda y su corrección, con ocasión de haber sido inadmitida, indiferentemente del defecto que adolezca?

Debe indicarse que cuando una demanda es inadmitida es porque en criterio del juez, carece de los requisitos señalados en la Ley teniendo en cuenta la naturaleza del asunto. Sea oportuno decir que, en esa decisión de inadmisión, la cual se hace a través de auto, se debe exponer con motivación suficiente y precisión los defectos de que adolece la demanda. Ahora, una vez la parte demandante conoce del auto a través de la notificación en estados, estando dentro del término legal en una de las hipótesis posibles, procederá a SUBSANAR la demanda o, en otros términos que también la Ley emplea, a CORREGIR la demanda.

Se considera que en el punto procesal se presenta un problema de integración de disposiciones CPACA-CGP. Como se indicó un problema de integración debe pasar por el análisis de las dos reglas mencionadas, las cuales, se reitera, se construyen desde lo dispuesto en el artículo 306 del CPACA. Siendo así, debe surgir el primer cuestionamiento: ¿Se trata de un aspecto contemplado o regulado en el CPACA?, en nuestro criterio se trata de un aspecto no regulado. Desde el CPACA, si se analizan las disposiciones más pertinentes y de toda esta fuente formal, se descubre que desde el artículo **169,** numeral 2° -Rechazo de la demanda-[8], pasando por el artículo **170** -Inadmisión de la demanda-[9], no se encuentra regulación alguna de esta hipótesis, en consecuencia, es un aspecto no regulado o contemplado.[10]

Segundo cuestionamiento: ¿Hay compatibilidad con la naturaleza de los procesos y actuaciones que corresponden a la JCA, si se trata de una hipótesis regulada en la disposición procesal residual -CGP-?, en nuestro criterio hecha la búsqueda de la disposición que podría considerarse como regulatoria o la más pertinente frente a esa hipótesis del caso en el ejercicio de contraste por todo el CGP, se encuentra el artículo **93** -Corrección, aclaración y reforma de la demanda-,[11] disposición con la cual no se advierte ninguna circunstancia de incompatibilidad.

8 Disposición originaria del CPACA:
Artículo 169. Rechazo de la demanda. *Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:*
1. Cuando hubiere operado la caducidad.
2. Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.
3. Cuando el asunto no sea susceptible de control judicial.

9 Disposición originaria del CPACA:
Artículo 170. Inadmisión de la demanda. *Se inadmitirá la demanda que carezca de los requisitos señalados en la ley por auto susceptible de reposición, en el que se expondrán sus defectos, para que el demandante los corrija en el plazo de diez (10) días. Si no lo hiciere se rechazará la demanda.*

10 En esta instancia resulta pertinente referir una postura contraria a la expuesta en virtud de la cual si bien en el CPACA no hay causales de inadmisión de la demanda establecidas en un artículo, si están claramente establecidos los requisitos con los cuales debe cumplirse, lo que conlleva indefectiblemente a concluir que su incumplimiento conlleva a la inadmisión, y por ende su posible subsanación o corrección. Los requisitos estarían previstos en los artículos 161, 162 y 166 del CPACA, esto es, requisitos de procedibilidad, contenido de la demanda y anexos de la demanda. siendo plasmada de manera recurrente en la Jurisdicción, precisamente para rechazar la aplicación del artículo de causales de inadmisión del CGP, por tener regulación en la norma especial.

11 Disposición originaria del CGP:
Artículo 93. Corrección, aclaración y reforma de la demanda. *El demandante podrá corregir, aclarar o reformar la demanda en cualquier momento, desde su presentación y hasta antes del señalamiento de la audiencia inicial.*
La reforma de la demanda procede por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:
1. Solamente se considerará que existe reforma de la demanda cuando haya alteración de las partes en el proceso, o de las pretensiones o de los hechos en que ellas se fundamenten, o se pidan o alleguen nuevas pruebas.
2. No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones formuladas en la demanda, pero sí prescindir de algunas o incluir nuevas.
3. Para reformar la demanda es necesario presentarla debidamente integrada en un solo escrito.
4. En caso de reforma posterior a la notificación del demandado, el auto que la admita se notificará por estado y en él se ordenará correr traslado al demandado o su apoderado por la mitad del término inicial, que correrá pasados tres (3) días desde la notificación. Si se incluyen nuevos demandados, a estos se les notificará personalmente y se les correrá traslado en la forma y por el término señalados para la demanda inicial.
5. Dentro del nuevo traslado el demandado podrá ejercitar las mismas facultades que durante el inicial.

Bajo este contexto dispositivo, dos son los posibles criterios hermenéuticos en respuesta del problema planteado: **1°)** debe integrarse en un solo documento la demanda y su corrección o subsanación, y **2°)** debe hacerse a través de un simple memorial complementario y calificado.

Siendo estas las opciones, se considera que lo consagrado en esta disposición del artículo 93 -CGP- le resulta aplicable al problema práctico específico hacia el CPACA, aunque este es insuficiente por las siguientes razones: **a)** para las hipótesis de corrección y aclaración de la demanda en este artículo 93 no se exige expresamente el requisito a partir del cual respecto de la demanda es necesario presentarla debidamente integrada en un solo escrito; **b)** el requisito de una presentación debidamente integrada en un solo escrito o documento es exclusiva de la reforma de la demanda, que no es corrección o aclaración.

En consecuencia, la integración que desde el artículo 93 del CGP se haría llevaría a concluir que al inadmitirse la demanda, la corrección que se puede suceder no debe presentarse integrando en un solo documento esa corrección con la plenitud de la demanda, dado que ese solo es un requisito exigible para la hipótesis de reforma. Hasta aquí entonces es claro que se debe presentar de otra forma, por lo que no podría considerarse, que de la no integración plena de la demanda y su corrección en un solo documento, pueda sobrevenirse una decisión de rechazo de la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, si no es a través de un solo documento o escrito integral ¿cómo se debe hacer y presentar esa corrección que se deriva de haberse inadmitido la demanda?; en nuestra posición esto se responde acudiendo a lo dispuesto en los artículos **78**, numeral 14 -Deberes de las partes y sus apoderados-, **109** -Presentación y trámite de memoriales e incorporación de escritos y comunicaciones-, **122**, inciso 3° -Formación y archivo de los expedientes- y **244**, inciso 3° -Documentos auténticos- del CGP. Con esto, la corrección de la demanda derivada de su inadmisión se hace a través de **memorial complementario y calificado**, no con un solo documento o escrito integral con la demanda.

Descubriendo un conjunto de providencias en el asunto, se identifican algunas providencias tanto de juzgado como de tribunales administrativos, en donde se muestran los posibles criterios en el asunto y la elección que en estas instancias se ha definido:

¿Cuáles son los posibles criterios respecto a la forma como debe presentarse ante el juez, la demanda y su corrección, con ocasión de haber sido inadmitida, indiferentemente del defecto que adolezca?		
Debe integrarse en un solo documento la demanda y su corrección.	La providencia no plantea ni motiva el problema jurídico. T (Auto RD 2019-00207, 2019), 6-ago (M.P.: Carlos Enrique Ardila Obando) T (Auto NRD 2019-00474, 2019), 8-nov (M.P.: Clara Elisa Cifuentes Ortíz) J (Auto NRD 2019-00097, 2020), 22-ene (Juez: Sonia Lucía Cruz Rodríguez)	Debe hacerse a través de un simple memorial complementario y calificado.

Cuadro 1. Conjunto de providencias respecto de problema jurídico procesal de integración en torno al problema jurídico. Cuando se muestra la letra (T) antes de individualizar la providencia significa que es expedida por un Tribunal, (J) cuando es proferida por un Juzgado y (CE) tratándose del Consejo de Estado.
Fuente: Elaboración propia del autor.

Analizadas estas decisiones, se tienen como justificaciones sobre la opción hermenéutica hacia la derecha las siguientes[12]: **A)** no podría tratarse de un solo documento que integre la corrección y la demanda, dado que este acto no puede interpretarse como la presentación de una "nueva" demanda, dado que implicaría el trámite de dos escritos distintos y, consecuentemente, la violación del principio de economía procesal; **B)** en términos metodológicos y técnicos el demandante debe acatar lo dispuesto en el auto inadmisorio con la presentación de un memorial complementario; **C)** la presentación de la corrección integrada a una nueva demanda genera confusiones, por ejemplo, implicaría que el trámi te de notificación se realizara con dos escritos "iguales" que pueden inducir en error a la entidad demandada en la contestación de la demanda, la preparación de la audiencia inicial, la fijación del litigio, y generar dificultades en el desarrollo de las etapas procesales ulteriores; **D)** en aplicación del control de legalidad con la presentación de ese memorial complementario es que se procura y logra adelantar un proceso organizado, claro, transparente y en observancia de los principios de celeridad y economía procesal; **E)** es con la presentación de ese memorial complementario que se cumple con el deber constitucional de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, cumpliendo con las cargas procesales que le asisten a la parte; **F)** resulta abiertamente antitécnico que, para corregir aspectos claramente delimitados, se proceda a allegar, nuevamente, la totalidad del líbelo introductorio, sin advertir qué acápites fueron rectificados; **G)** presentar un nuevo escrito de demanda integrada con la inicial con el ánimo de corrección, impondría un nuevo examen integral del documento, lo cual resulta improcedente pues esa etapa ya fue superada con la inadmisión; **H)** se trastoca palmariamente el procedimiento y pone en riesgo

12 (Auto NRD 2019-00474, 2019).

el derecho de defensa, contradicción y debido proceso del extremo pasivo de la litis, integrar en un solo documento la corrección y la demanda.

De otro lado, como justificaciones sobre la opción hermenéutica hacia la izquierda se tiene lo siguiente[13]: **A)** se debe integrar en un solo documento teniendo en cuenta que dadas las recientes reformas procesales las notificaciones se deben hacer a través de mensaje de datos, acto que se facilita con la presentación en un solo PDF del documento; **B)** para evitar confusiones y errores en el trámite del proceso, se ordena integrar en un solo documento la demanda inicial y las correcciones ordenadas.

Ahora, en este punto cabría cuestionarse: ¿Qué ocurriría si el juez ordena en el auto inadmisorio que la corrección sea presentada en un solo documento integro junto a la demanda? Se considera que en esta hipótesis el juez estaría exigiendo un requisito no contemplado en la Ley, no siendo viable jurídicamente o conforme al debido proceso que eventualmente rechace la demanda, habiendo presentado el demandante un memorial complementario y calificado, en donde subsana o corrige los defectos.[14]

Con este estudio de caso queda evidenciada no solo la diversidad de criterios, lo cual es natural y ordinario a la "aplicación de la Ley" como expresión de lo que la función jurisdiccional hace, sino del compromiso del derecho a la igualdad en el trámite de los juicios, de la seguridad jurídica y el principio de previsibilidad del derecho, dado que dependiendo del momento en el que es aplicada la Ley puede no contarse con un referente que a partir de una mayor autoridad frente a la interpretación del derecho, le defina a los jueces, sobre todo aquellos que se encuentran funcionalmente como inferiores respecto de las altas cortes, el diseño procesal que debe seguirse.

3. Otra problemática de aplicación en estudio de caso: desde lo que podría denominarse Derecho Procesal Constitucional, Decreto 2591 de 1991 (disposición procesal especial) al Código General del Proceso (disposición procesal residual)

A la consideración anterior deben sumarse otras a partir de la incomprensión del Derecho Procesal como sistema en Colombia. Otro estudio de caso que muestra esta problemática podría identificarse en el siguiente ejemplo, donde se parte de una disposición procesal especial tal como lo es la

13 (Auto RD 2019-00207, 2019), (Auto NRD 2019-00097, 2020).

14 En este mismo contexto, también podría plantearse, qué pasa si el demandante subsana la demanda presentando de nuevo un escrito que integra la demanda con la subsanación, ¿Qué posibilidad tendría el despacho judicial?, ¿Podría requerirle para que las separe?

norma "P*or la cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*" (Decreto 2591, 1991). Particularmente el problema surge del texto del artículo 52 que señala:

> ARTICULO 52.- Desacato. 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. La consulta se hará en el efecto devolutivo.

La cuestión que respecto a este texto podría formularse es la siguiente:

¿Cuál es el término determinado o determinable para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela?

Frente al problema, lo primero que debe afirmarse es que de la lectura del texto de la disposición procesal especial en el artículo y del texto completo de la misma en sus 55 artículos, no es posible encontrar una respuesta a la cuestión. Esto permite afirmar que se trata de un aspecto no regulado en el Decreto 2591 del año 1991.

Lo anterior se ratifica a partir de uno de los apartes de la sentencia de constitucionalidad que se ocupa de abordar este problema jurídico, el cual lo describe con el siguiente alcance:

> … A partir de estos parámetros se descendió al caso concreto, para examinar el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 a la luz de los anteriores parámetros, encontrando que (i) el incidente allí previsto no tiene un término determinado en el Decreto 2591 de 1991, ni determinable a partir de otras normas jurídicas, y que (ii) esta omisión afecta una condición o ingrediente que, conforme a la Constitución sea una exigencia esencial para armonizar con ella, de tal suerte que se configura una omisión legislativa relativa… (Sentencia C-367, 2014)

Teniendo en cuenta esta consideración, bajo el calificativo de omisión legislativa relativa, se identifica con absoluta claridad que se trata de un aspecto no regulado en la disposición procesal especial. Ahora, cabe cuestionarse ¿el Decreto 2591 dispone en alguno de sus artículos una cláusula de integración?, al revisarse la norma la respuesta es negativa, efectivamente en ninguno de sus artículos consagra un texto equivalente al del artículo 306 del CPACA.

Ahora, ¿la inexistencia de una cláusula de integración con la disposición procesal residual excluye a este trámite de la institución del derecho procesal como sistema?, la respuesta debe ser igualmente negativa, dado que el CGP define claramente, se reitera, que "Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes." (Ley 1564, 2012)

En este punto de la discusión resulta pertinente cuestionarse: ¿frente al vacío como omisión legislativa relativa la Corte Constitucional hace integración con el CGP? Al respecto debe indicarse que la Corte no reconoce al CGP en la motivación a través de la cual justifica su final resolución. En lo pertinente los extractos relevantes indican:

> En el análisis del cargo planteado se estudió, en general, el deber de acatar las providencias judiciales y los poderes del juez para hacerlas cumplir y, en especial, el deber de acatar los fallos de tutela, los poderes del juez para hacerlos cumplir y las responsabilidades que pueden seguirse de su incumplimiento… Ante esta grave situación, este tribunal, sin dejar de reconocer que el legislador puede fijar un término en la ley para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela, acudió al artículo 86 de la Constitución, que regula la acción de tutela, en el que encontró un criterio fundado para determinar, de manera objetiva y razonable, cómo podría entenderse en el tiempo el mandato constitucional de que la protección de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los fallos de tutela sean inmediatos, como es el de que para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela en ningún caso podrán transcurrir más de diez días, contados desde de su apertura. (Sentencia C-367, 2014)
>
> *(Subraya fuera del texto original)*

Nótese que la Corte, sin motivar su diseño en las fórmulas de integración que se precisaron desde el artículo 1, 11 y 12 del CGP, crea la forma a partir de la cual "…en un desacato a un fallo de tutela en ningún caso podrán transcurrir más de diez días, contados desde de su apertura"; por el contrario, acude directamente a la Constitución y finaliza señalando que ese término del proceso constitucional de tutela en primera instancia y desde el artículo 86 constitucional[15] sería el que resulta objetivo y razonable frente al problema jurídico planteado.

Con esto cabe cuestionarse respecto de la que se ha denominado fórmula de integración: **1°)** ¿Llenó la Corte el vacío con una norma que regula un caso análogo?, **2°)** ¿La Corte determinó la forma de realizar el acto procesal con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial?

15 "En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución."

Conclusiones

Como se observa de los estudios de caso realizados, la disposición procesal residual al igual que la disposición procesal especial es INCOMPLETA, dado que ni en el CPACA o el CGP se encontraba disposición directa regulatoria. En consecuencia, la integración de disposiciones procesales siempre se aplicará desde la disposición procesal especial hacia la disposición procesal residual u ordinaria en cumplimiento de las reglas para que opere y, finalmente, dado que esa final disposición procesal residual es incompleta, el sistema finalmente ha de cerrarse con lo dispuesto desde los artículos 11 y 12 del CGP, los cuales regulan respectivamente la Interpretación de las normas procesales y los Vacíos y deficiencias del Código.

De esta forma es claro como ante la incompletud de la disposición procesal especial y la disposición procesal residual, es al juez a quien le corresponde el diseño de la forma, en otros términos, a quien le corresponde determinar la forma de realizar los actos procesales con permanente observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, siempre en procura de hacer efectivo el derecho sustancial, la tutela efectiva y el debido proceso.

En virtud de la operancia del Derecho Procesal como sistema y en aras de alcanzar una garantía real del derecho al debido proceso y la tutela judicial y administrativa efectiva, y con el propósito de lograr la vigencia del derecho a la igualdad y de los principios de seguridad jurídica y previsibilidad del derecho, el cual se ve desconocido con decisiones de los jueces que son contrarias, incluso a partir de justificaciones equivalentes, el sistema procesal debería disponer de la configuración de un trámite que permita que el legislador finalmente regule el asunto. Este procedimiento no se encuentra actualmente contemplado en nuestro ordenamiento.

Ante la inexistencia o no consideración de un procedimiento que, como colaboración armónica conecte la decisión judicial y sus problemas de aplicación igualitaria con la función legislativa, el ordenamiento procesal ha optado por la configuración de la función de unificación a través de autos y sentencia de unificación, lo cual se observa claramente con el CPACA, con una intención clara respecto a aumentar la pretensión de generalidad de esas fuentes formales del derecho y su proyección del caso pasado al asunto presente. Sobre esto y la utilidad y efectividad de esta idea dada su reciente creación, aún es poco lo que puede afirmarse. Sin embargo, es claro que ante casos como los expuestos, lo que se pretende es que el sistema procesal sea cada ves más coherente con el propósito de que la igualdad procesal sea real y evitar que sobre un mismo punto de derecho procesal sean aplicadas

interpretaciones disimiles, tal como ocurre en el estudio de caso 1.

En el estudio de caso 2 la Corte Constitucional no motivó o justificó en el asunto concreto respecto al término determinado o determinable para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela, el diseño de la final forma procesal desde la comprensión del Derecho Procesal como sistema en Colombia. La Corte en este asunto pasó del Decreto 2591 a la Constitución de 1991 sin mediar análisis del CGP, lo cual desconoce la operancia del sistema, además de no fundamentar ese final diseño desde la fórmula de integración, ¿desconoció en el asunto el debido proceso el juez constitucional?

Frente a la omisión legislativa relativa que advierte la Corte Constitucional respecto al término determinado o determinable para resolver el trámite incidental de desacato a un fallo de tutela, si se tiene en cuenta la fecha en la que fue proferida la sentencia, 11-jun-2014, y teniendo en cuenta el momento en que se hace esta investigación, han pasado más de siete años y el Congreso de la República no asume el conocimiento del asunto con el propósito de llenar el vacío. Esta inacción se constituye en una más de las evidencias respecto a la precaria colaboración armónica que desde el legislador se hace, en un asunto que por competencia constitucional de manera principal le corresponde.

Esta omisión legislativa, la cual se presenta no solo en el asunto expuesto, ¿podría ser atendida o impulsada por otro órgano (s) dentro de la estructura del poder público?, la respuesta es positiva si se tiene en cuenta la competencia constitucional que, entre otros, se le confía a la misma Corte Constitucional a partir de lo dispuesto en el artículo 156. No se conoce antecedente desde el cual la corte active esa facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones, lo cual también constituye una omisión constitucional respecto del derecho al debido proceso e igualdad y en relación a los principios de previsibilidad del derecho y seguridad jurídica.

Referencias

Auto NRD 2019-00097. (22 de enero de 2020). Juzgado Séptimo Administrativo de Cúcuta. Juez: Sonia Lucía Cruz Rodríguez. Cúcuta, Colombia: Expediente 54-001-33-33-007-2019-00097-00.

Auto NRD 2019-00474. (08 de noviembre de 2019). Tribunal Administrativo de Boyacá. Despacho N° 5. M.P.: Clara Elisa Cifuentes Ortíz. Tunja, Colombia: Expediente: 15001-23-33-000-2019-00474-00. Obtenido de **https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2216525/30648201/00020190047400.pdf/7f9965aa-5e5a-49de-9465-7f48354cc0a6**

Auto RD 2019-00207. (6 de agosto de 2019). Tribunal Administrativo del Meta. M.P.: Carlos Enrique Ardila Obando. Villavicencio, Colombia: Radicado 50001-23-33-000-2019-00207-00. Obtenido de **https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2223275/27761503/500012333-000-2019-00207-00_CEAO_RD_EDC_ECOPETROL_AUTO+INADMITE+DEMANDA.pdf/881332b0-0a35-4b9b-a124-bf95f776d769**

Clavijo Cáceres, D. G., Guerra Moreno, D. L., & Yañez Meza, D. A. (2014). Método, metodología y técnicas de la investigación aplicadas al derecho. Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Ibáñez & Universidad de Pamplona. Obtenido de **http://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08-2017_7b9061_60327073.pdf**

Decreto 01. (2 de enero de 1984). Presidencia de la República. Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 36439 de Enero 10 de 1984.

Decreto 1736. (17 de agosto de 2012). Presidencia de la República. Por el que se corrigen unos yerros en la Ley 1564 del 12 de julio de 2012, "Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones". Bogotá D.C., Colombia: DIARIO OFICIAL. AÑO CXLVIII. N. 48525. 17, AGOSTO, 2012. PAG. 3. Obtenido de: **http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/Agosto/17/DECRETO%201736%20DEL%2017%20DE%20AGOSTO%20DE%202012.pdf**

Decreto 2591. (19 de noviembre de 1991). Presidencia de la República. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 40165 del 19 de noviembre de 1991.

Decreto 806. (4 de junio de 2020). Presidencia de la República. Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Esta. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 51335 del 04 de junio de 2020. Obtenido de **https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=93553&dt=S**

Decreto-Ley 2158. (24 de junio de 1948). Presidencia de la República. Por el cual se crea el Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social. Bogotá D.C., Colombia.

Ley 1437. (18 de enero de 2011). Congreso de la República. Por la cual se expide el Código de Procedimeinto Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C., Colombia. Recuperado el 30 de enero de 2015, de **http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html**

Ley 1450. (16 de junio de 2011). Congreso de la República. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 48102 de junio 16 de 2011. Obtenido de **https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43101#198**

Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Obtenido de **http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html**

Ley 1755. (30 de junio de 2015). Congreso de la República. Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 49559 del 30 de junio de 2015. Obtenido de **https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=62152#1**

Ley 1801. (29 de julio de 2016). Congreso de la República. Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 49.949 de 29 de julio de 2016. Obtenido de **http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1801_2016.html**

Ley 2080. (25 de enero de 2021). Congreso de la República. Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 51568 del 25 de enero de 2021. Obtenido de **https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=105225**

Ley 270. (7 de marzo de 1996). Congreso de la República. Estatutaria de la administración de justicia. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996 . Obtenido de **http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html#36A**

Ley 734. (5 de febrero de 2002). Congreso de la República. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 44699 de febrero 5 de 2002.

Ley 906. (31 de agosto de 2004). Congreso de la República. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Obtenido de **http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html**

López Medina, D. E. (2008). El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial (2 ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S.A.

Sentencia C-367. (11 de junio de 2014). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P.: Mauricio González Cuervo. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-9933. Obtenido de **https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-367-14.htm**

Yañez Meza, D. A. (2017). Integración de disposiciones procesales en Colombia: desde los ámbitos especiales de aplicación al ámbito ordinario y residual. En Derecho procesal colombiano: tendencias, críticas y propuestas. En homenaje al maestro Jairo Parra Quijano (1 ed., págs. 323-329). Bogotá D.C.: Instituto colombiano de Derecho Procesal.

Yañez Meza, D. A., Pabón Giraldo, L. D., & Colmenares Uribe, C. A. (2021). Crisis o complejidad del sistema de fuentes del derecho en Colombia: problemas y desafíos del derecho sustancial y procesal jurisprudencial. Revista Republicana(31), 211-259. Obtenido de **http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/782**

La iniciativa judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.[1]

Fernando Martínez Ureña [2]

Resumen: La jurisdicción contencioso administrativa está instituida para resolver determinados conflictos que requieren de un juez con conocimientos diferentes, con una lógica del ordenamiento jurídico de características y sujetos que en esencia se distancian de los conflictos de derecho privado, en consecuencia, tiene una relación lejana con los conflictos que se resuelven en la jurisdicción ordinaria; ello es así debido a la desigualdad existente entre administrados y administración concedida por la presencia de unas prerrogativas para el Estado. De acuerdo con lo anterior, el proceso judicial que se tramita en la jurisdicción contencioso administrativa, cuenta con normas particulares que entregan derechos y deberes para las partes y que otorga poderosas facultades al juez como director del proceso, las cuales se justifican inicialmente al igual que en el derecho privado, en la búsqueda de la verdad y en la garantía de la tutela judicial efectiva; sin embargo, se presentan características que obligan a estudiar la iniciativa judicial desde el núcleo del proceso contencioso administrativo colombiano que suele utilizar lógicas diferentes a las del derecho procesal civil, en especial en actuaciones como su iniciación, la prueba de oficio, el control por vía de excepción y la terminación del proceso. Se implementa una metodología exploratoria y analítica, formulando como hipótesis que existen actuaciones que tienen como protagonista al juez dentro del proceso contencioso administrativo colombiano que es considerado de naturaleza dispositiva, y se puede concluir que se confunden los linderos entre un proceso principalmente dispositivo con la existencia de múltiples actuaciones que son características de una sistema inquisitivo y con clara iniciativa judicial.

Palabras claves: Proceso contencioso administrativo, iniciativa judicial, iniciación del proceso, prueba de oficio, excepción de ilegalidad, terminación del proceso.

1 Este artículo es resultado parcial de la investigación que adelanta el doctorando Fernando Martínez Ureña en el Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, bajo la tutoría del Dr. Ph.D. Dimaro Alexis Agudelo Mejía, titulada: "Los poderes probatorios de oficio del juez de lo contencioso administrativo en el derecho procesal colombiano: hacia un test de procedencia".

2 Doctorando en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, magister en Derecho Procesal de la misma universidad, magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca, Docente Universitario, Conjuez del Tribunal Administrativo de Nariño. Colombia. Correo electrónico ferchomaure@hotmail.com. ORCID: 0000-0002-4698-6675

The judicial initiative in the jurisdiction of administrative dispute.

Fernando Martínez Ureña

Abstract: The contentious-administrative jurisdiction is instituted to resolve certain conflicts that require a judge with different knowledge, with a logic of the legal system of characteristics and subjects that in essence distance themselves from conflicts of private law, consequently, it has a distant relationship with the conflicts that are resolved in the ordinary jurisdiction; This is so due to the existing inequality between administered and administration granted by the presence of some prerogatives for the State. In accordance with the foregoing, the judicial process that is processed in the contentious-administrative jurisdiction, has particular rules that provide rights and duties for the parties and that grant powerful powers to the judge as director of the process, which are initially justified as well as in private law, in the search for the truth and in the guarantee of effective judicial protection; however, there are characteristics that make it necessary to study the judicial initiative from the core of the Colombian contentious-administrative process, which usually uses logics different from those of civil procedural law, especially in actions such as its initiation, ex officio evidence, control by of exception and the termination of the process. An exploratory and analytical methodology is implemented, formulating as a hypothesis that there are actions that have the judge as the protagonist within the Colombian contentious-administrative process that is considered dispositive in nature, and it can be concluded that the boundaries between a mainly dispositive process with the existence of multiple actions that are characteristic of an inquisitorial system and with a clear judicial initiative.

Keywords: Contentious-administrative process, judicial initiative, initiation of the process, ex officio evidence, exception of illegality, termination of the process.

Introducción

Colombia, en materia de administración de justicia se caracteriza por tener un modelo de dualidad de jurisdicción, en efecto, la "jurisdicción" desde su consideración conceptual es una sola, sin embargo, lo cierto es que desde lo práctico, se distinguen como órganos instituidos para resolver los conflictos; de manera principal, la jurisdicción ordinaria en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, Tribunales de decisión y Jueces civiles, familia, penales y laborales; de otro lado, está la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en cabeza del Consejo de Estado, Tribunales Administrativos y jueces. Lo anterior sin perjuicio de las jurisdicciones constitucional, penal militar, de paz, la JEP y la indígena. (Const., 1991)

Esta inicial diferenciación permite abordar la justificación de la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa, la naturaleza jurídica de los conflictos que conoce, el derecho aplicable, los sujetos con sus facultades y derechos procesales así como las normas aplicables al proceso; encontrándose características especialísimas de esta jurisdicción que permiten abordar, con mayores detalles, el sistema procesal de predominancia en el juicio contencioso en temas administrativos, al igual que las potestades y deberes del juez dentro del proceso.

Para la jurisdicción contencioso administrativa y el derecho procesal colombiano, se cuenta con norma especial, siendo aplicables la Ley 1437 de 2011 "Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo" (CPACA), con la intención de incluir un sistema de audiencia y oralidad en sus actos procesales, consagrando reglas y principios que regulan la actividad jurisdiccional en el tema administrativo, entregando cargas, deberes y derechos procesales a los diferentes intervinientes, llamando la atención la activa participación del juez, y que fue reformada y adicionada por la ley 2080 de 2011[3], para la implementación de sistemas virtuales, replantear reglas de competencia que conlleve a la descongestión del Consejo de Estado.

Se acepta en la actualidad y con facilidad la existencia de un proceso contencioso administrativo mixto, al tener, por una parte, actuaciones de carácter escrito y otras orales, y por otra; presencia de un sistema dispositivo predominante frente a uno inquisitivo, sin que ninguno de los dos sea pleno, absoluto ni excluyente del otro. Ahora bien, aun con esa conjunción, el presente escrito busca precisar el grado de participación del juez como director del proceso, siguiendo los principios procesales así como las normas propias aplicables; es decir, el interés es determinar ¿qué tanto puede y/o debe hacer el

3 Publicada Diario Oficial No. 51.568 de 25 de enero de 2021.

juez en un proceso contencioso administrativo?, y ¿qué tanto pueden y/o deben hacer las partes, en procura de sus intereses en litigio?, tomando como punto de referencia las actuaciones procesales de mayor relevancia como la iniciación del proceso, el decreto de pruebas, la excepción de ilegalidad y la terminación del proceso.

Así entonces, siguiendo una metodología exploratoria – analítica, este esfuerzo está dirigido a detallar la visión del juez administrativo que lo hace diferente de las perspectivas, conocimientos y lógicas que tienen lo demás jueces de la república, pormenorizar la participación del juez en las diferentes etapas del proceso, tanto en su inicio y desarrollo, a partir del análisis de figuras que se presentan al interior de este tipo de juicios, logrando así, determinar el sistema jurídico que permea a esta jurisdicción.

La dualidad de jurisdicción en colombia

El dualismo jurisdiccional es un fenómeno en que la justicia administrativa es desarrollado, en términos teóricos y de forma rigurosa, por la Doctrina Italiana, para explicar y distinguir el conocimiento del juez de lo contencioso administrativo y del juez civil (Nigro, 2002).

Según el artículo 116 Constitucional y la Ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de administración de justicia), la jurisdicción es el cimiento de todo proceso, al ser una potestad constitucional conferida para administrar justicia, esto es, que mediante una decisión se permita resolver un conflicto intersubjetivo de intereses que ha sido puesto a su consideración, o, en palabras de López Blanco (2005), jurisdicción es "…la función pública de administrar justicia mediante un proceso" (p.131), y su teleología de acuerdo a Quintero y Prieto (1995) es que el investido de jurisdicción diga el derecho al interior de un proceso, para satisfacer el interés público como fin del Estado, la materialización del derecho y la garantía del orden jurídico, logrando la paz y evitando las vías de hecho como medio de resolución de conflictos. Para entender la institución (jurisdicción), suele ser útil hacer referencia a la función jurisdiccional, así:

> Esta función jurisdiccional se presenta en el Estado colombiano como un servicio público esencial, en la medida en que se debe propender por una justicia material, por garantizar la igualdad, la democracia y el servicio para la comunidad, características o garantías constitucionales que implican incremento en los poderes del juez, que no sea solamente quien decide la solución del conflicto a través del ordenamiento jurídico, sino que, además, debe propender por la protección de los derechos fundamentales y la aplicación de las garantías constitucionales en el proceso; esto es lo que se denomina juez director del proceso. (Ramírez Carvajal, y otros, 2010, pág. 129)

De las notas que anteceden, hablar de jurisdicción o de función jurisdiccional, hace referencia a una actividad o potestad que se concreta en la administración de justicia, que conlleva a pensar que la jurisdicción como función es una sola, pero que en esencia es entregada constitucionalmente a la Rama Judicial; sin embargo, con frecuencia se suele pensar, escuchar e incluso manifestar, la existencia de diferentes jurisdicciones, entendimiento que se deriva de la lectura de los Capítulos 2 a 5 del Título VIII de la Constitución Política de Colombia, preceptivas que la tratan de forma diferenciada. Tal entendimiento por demás equivocado, permite exponer que la forma válida de razonar al respecto y evitar confusiones, es afirmando que la jurisdicción es una sola, con varias formas de manifestación que atienden a esferas de conocimiento o materias propias de cada uno de los órganos que la ejercen.

Se precisa que para los efectos del presente escrito, interesa el ejercicio de la función jurisdiccional a cargo de la Rama Judicial, que, en síntesis, se ventilan ante la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Así, aunque la Jurisdicción Contenciosa Administrativa pertenece a la Rama Judicial, al diferenciarse de la jurisdicción ordinaria, es posible reconocer sus particularidades.

Jurisdicción de lo contencioso administrativo

El Consejo de Estado máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en principio, no nació como órgano o autoridad judicial, sino que se creó como órgano consultivo del gobierno en asuntos de la administración, tal como lo señaló el artículo 141 numeral primero de Constitución de 1886. No obstante, la misma Carta Política dejó abierta la posibilidad de otorgar facultades jurisdiccionales al Consejo de Estado si la ley estableciere dicha jurisdicción. Fue así que se expidió la Ley 27 de 1904 que le asignó dicha Corporación el conocimiento de asuntos donde se discutía la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales acusadas de atentar contra el ordenamiento jurídico superior por incompetencia, disposición de breve vigencia, pero que constituyó el primer paso para atribuir el ejercicio de función jurisdiccional al Consejo de Estado.

La Ley 130 de 1913 – primer Código Contencioso Administrativo –, le asignó al Consejo de Estado la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en ejercicio de sus funciones; competencia que encuentra fundamento en la independencia necesaria entre la rama ejecutiva y la rama judicial, es decir, la separación de poderes.

Estos breves antecedentes normativos permiten afirmar que el Consejo de Estado, como órgano jurisdiccional y para el ejercicio de la función

jurisdiccional fue diseñado para controlar la legalidad de las actuaciones de la administración en una sede diferente a la misma administración que profiere el acto. De esta manera, la Corporación Contenciosa, velaba porque el acto administrativo fuera expedido con plena observancia del principio de legalidad y que se encuentre acorde con el ordenamiento jurídico superior, con ello obligaba a distinguir los actos proferidos por la administración en cumplimiento de función administrativa de aquellos proferidos en ejercicio de una función o gestión privada. Es válido precisar que la rama ejecutiva por excelencia cumple una función administrativa y, en consecuencia, profiere actos administrativos, de la misma manera, la administración cumple actividades que no son propias de dicha función, verbigracia, cuando expide actos de gestión privada. La importancia de esta distinción, radica en que dependiendo del tipo de función que se esté desarrollando, se aplicará uno u otro procedimiento, si es función pública se aplicará el procedimiento de derecho público, pero si se trata de una función privada, el procedimiento es el de derecho privado. De la misma forma, las prerrogativas que se aplican en uno y otro caso son disimiles, en consecuencia, el régimen jurídico como el juez de conocimiento en caso de conflicto, es diferente.

A efectos de establecer los parámetros que permitieran distinguir unos de otros – gestión pública versus gestión privada –, se acudió a un criterio material caracterizado por que la autoridad o el particular actúe en cumplimiento de una función administrativa y con ello, definir el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa; sin embargo, sólo permaneció en vigencia del Decreto 01 de 1984 – Código Contencioso Administrativo (C.C.A) con las modificaciones del Art. 12 del Decreto 2304 de 1989, y del Art. 30 de la Ley 446 de 1998. Con la expedición de la Ley 1107 de 2006 que modificó el artículo 82 del C.C.A., se adoptó el criterio orgánico para definir el objeto de la jurisdicción contenciosa, de acuerdo con estas disposiciones, poco o nada importó si se está en ejercicio de función administrativa, sino que lo relevante para definir qué conoce ésta jurisdicción es la pertenencia a la estructura del Estado, ya que se pasó de "… juzgar las controversias y litigios administrativos…" a "… juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas…", incluyendo además a las sociedades de economía mixta, siempre que el capital estatal sea igual o superior al 50%, es decir, se optó por el criterio orgánico; de esa manera fue entendido por el Consejo de Estado:

> (...) el legislador adoptó una solución, clara y agresiva. Asignó, de manera fuerte e intensa, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde son parte las "entidades públicas", sin importar la función que desempeñe cada una de ellas, pues se pasó de considerar el "criterio material o funcional", como factor de distribución de

> competencias, al "criterio orgánico", donde lo determinante es la pertenencia a la estructura del Estado". Esta idea aplica para cualquier tipo de proceso, tratándose de empresas de SPD, entre los cuales se incluyen, a título de ejemplo, las controversias contractuales, las extracontractuales, las de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho... en cuanto tiene que ver con las entidades y empresas prestadoras de SPD quedaron derogados, parcialmente los artículos 132 (5) y 134 (b.5) del Código Contencioso Administrativo, reformados por la Ley 446 de 1998, (...). (Consejo de Estado, 2008)

La evolución normativa, obliga a continuar con la referencia al objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa consagrado en la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, parte segunda, artículos 104 y 105, de cuya lectura se desprende que si bien es cierto, al parecer la pretensión inicial del legislador era consagrar un criterio múltiple, esto es, imponer: a) Un criterio legal o positivo; b) Material o funcional; c) Orgánico; y d) De excepción a los anteriores; también lo es que dicha intención no quedó expuesta claramente en la norma y aún hoy se discute cual es la pauta que orienta la definición del objeto propio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; sin embargo, en la opinión de este autor, se trata en esencia de un criterio orgánico como regla principal y funcional por excepción.

Lo expuesto hasta aquí da cuenta que la jurisdicción contencioso administrativa desde su creación en Colombia y durante gran parte de la historia, tuvo como objeto determinante de su conocimiento los conflictos con ocasión al ejercicio de la función pública; sin embargo, existe un retroceso en la justificación de la existencia de una jurisdicción especializada, puesto que cada vez y con mayor claridad se le está atribuyendo al juez administrativo conocimiento sobre los conflictos cuyo origen es el ejercicio de actividades privadas o regidas por expresa disposición de la ley por el derecho privado, situación reprochable desde una visión técnico jurídica, puesto que se alejan de precisiones conceptuales, jurídicas y sobre todo por la coherencia en el conocimiento de un juez administrativo con conocimiento en derecho administrativo, preparado para resolver conflictos de esta naturaleza. Como resultando falto de lógica se tiene que actos, contratos y demás actuaciones regidas por el derecho privado, sean de competencia de esta jurisdicción. Lo anterior pone en duda gravemente la justificación de la existencia de una jurisdicción separada o diferenciada de la jurisdicción ordinaria. Bajo tal lógica, en el futuro sea mejor una unidad de jurisdicción.

Consideraciones del juez al administrar justicia en la jurisdicción de lo contencioso administrativo

En virtud de las profundas diferencias y particularidades de la jurisdicción contencioso administrativa, es pertinente reflexionar respecto a que consideraciones debe tener un juez de ésta jurisdicción, que lo diferencie sustancialmente de quien administra justicia en la jurisdicción ordinaria, pues si bien no existe discusión en que debe existir imparcialidad en la toma de decisiones jurisdiccionales en una y otra jurisdicción, el escenario en que se administra justicia es distinto entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa, debiendo cuestionarse, ¿el conflicto es analizado de forma indiferente? o depende de las condiciones de la naturaleza de los sujetos, o ¿resulta relevante la naturaleza del ordenamiento jurídico aplicable?

El derecho administrativo parte de una idea básica, incluso desde el análisis jurídico positivo, en el sentido que existe un tratamiento jurídico diferenciado del derecho común (-derecho privado) al que es aplicable en la administración pública, pues se trata de un campo jurídico que, aunque puede regular situaciones jurídicas similares a otros campos del derecho, son varios los aspectos que lo hacen distinto, o como lo denomina Santofimio (2003) "aspectos varios" que justifican no solo un ordenamiento positivo distinto, sino que debe ser lógico a una construcción teórica diferente, al atribuir al derecho administrativo características distintas, pues la preocupación no se queda en el análisis y aplicación de las fuentes formales de derecho aplicable a la administración pública, sino también en justificar con coherencia la especialidad cuando aparezcan normas para una situación que involucra personas de derecho público, o personas que cuentan con ciertas prerrogativas que hacen que su actuar sea impositivo frente a los administrados.

Macarel (1843), por muchos considerado como el autor del primer texto de derecho administrativo, hace un compendio de normas que tienen relación con la administración, ello permitió verificar que en muchos de los casos eran instituciones jurídicas de derecho privado, pero con trato diferenciado en razón a la existencia de sujetos con diferencias evidentes, como lo son las administraciones públicas, surgiendo la idea de "privilegios" o "prerrogativas" de las administraciones públicas.

Entonces, la concepción de que el derecho administrativo parte de la existencia de unas prerrogativas públicas, de servicios públicos, de una condición de estatus y de poder sobre las administrados, bajo el argumento del desarrollo de actividades dirigidas al cumplimiento de los fines esenciales del Estado; siendo características que deben ser identificadas por el juez de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para así entender y justificar unas reglas de juego diferentes y muy singulares cuando los litigios en uno de

sus extremos se encuentre al menos una persona de derecho público, o porque en los hechos que justifican el litigio se encuentra inmersa el ejercicio de la función pública. En suma, resulta indiscutible que las potestades administrativas dadas por la Constitución y por la ley a la administración pública, generan la clara connotación de capacidad de imponerse, de obligar a los administrados en términos legítimos.

La especialidad o área del derecho es una característica de obligatoria observancia por parte del juez, pues debe estar dotado de unos conocimientos particulares y distintos, así en el ámbito contencioso administrativo, en la medida en que se dispone a controlar las actuaciones o decisiones de la administración pública; requiriendo también un conocimiento del derecho o normativa aplicable, tal y como ocurre de forma similar en el derecho penal, civil y laboral. La jurisdicción contencioso administrativa, debe tener una forma de decir el derecho, con identidad propia que la diferencie de la jurisdicción ordinaria, no sólo por la especial materia que le ocupa – ser juez del Estado y sus actuaciones- sino también porque sus decisiones deben orientar las conductas concretas de las autoridades públicas, siendo el conocimiento del derecho administrativo el área o campo que constituye la herramienta de trabajo por excelencia, para lograr la forma adecuada de decir dicho derecho con la lógica particular con la que se mira el comportamiento de las administraciones, para expulsar de la vida jurídica sus decisiones (actos administrativos) cuando contraríen el ordenamiento jurídico superior, darle órdenes e incluso imponerle condenas.

La aplicación de este derecho (administrativo) a diferencia del derecho privado o común, implica un entendimiento, una argumentación y fundamentación que lleva inmersa parámetros o connotaciones de desigualdad de partes, la existencia de potestades y prerrogativas públicas, la prestación de servicios públicos, el ejercicio de la función Pública en especial la función administrativa. Todas, actividades que deben ser desarrolladas con observancia del contenido de los principios determinados por la Constitución Política en su Artículo 209.

El juez de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, surge entonces, para garantizar los derechos de los individuos frente al ejercicio de autoridad, de poder de la administración pública, y como límite de la arbitrariedad, pues la justificación de esta jurisdicción para ser distinta de la ordinaria, lo es por los temas con los que se enfrenta, y que deben ser resueltos superando las consideraciones jurídicas "entre desiguales", ya que la construcción teórica del derecho administrativo es la influencia por la existencia de las prerrogativas públicas.

Algunas actuaciones del juez en el proceso contencioso administrativo

Los sistemas o principios que han influenciado el proceso judicial en términos generales, son el dispositivo y el inquisitivo, el primero refiere a la mínima participación del juez al interior del juicio o actuación, constituyéndose la dirección del proceso en esencia a cargo de las partes, tanto la iniciación, agilidad o ritmo, terminación y ejecución del fallo o decisión, al respecto Ramírez (2010), señala:

> … radica en las partes el cumplimiento de la condición para la actuación procesal, es decir, para solicitar actividades mediante un acto formal denominado demanda. Las partes son los sujetos activos del proceso ya que sobre ellos recae el derecho de iniciarlo y determinar su objeto …" (p.72).

A su vez, el inquisitivo, en donde los jueces tienen amplios poderes de control y participación durante varias etapas del proceso, esto es, un juez proactivo en el control y la dirección del proceso; poder que incluso llega hasta la iniciativa de determinados actos procesales (Nieva Fenoll, 2014), denominado también como principio de oficialidad (Berzosa Francos, 1992), y surge por el interés público que predomina para ciertas materias, atendiendo a que la justicia se debe ocupar de satisfacerlos, de forma tal que el proceso, el objeto, los actos procesales y la decisión o sentencia dependan de la promoción, defensa y tutela de ese interés público, con un protagonismo del órgano jurisdiccional.

Iniciación de proceso

La primera y más evidente manifestación del principio dispositivo es la iniciación del proceso, pues solo inicia a instancia de las partes, y no de la jurisdicción, desde esta lógica en materia contenciosa administrativa, y en ejercicio del derecho de acción, el legislador con la expedición de la Ley 1437 de 2011 le entregó a los administrados o posibles usuarios de la jurisdicción para garantizar su derecho fundamental de acceso a la justicia, la decisión de acudir o no en demanda, otorgándoles una baraja de medios de control que se encuentran contemplados en los artículos 135 a 148 de dicha norma. La escogencia de uno de ellos dependerá de los hechos, motivos, o móviles que lo llevan a la jurisdicción, como también lo que se busca, esto es, la expedición de una sentencia de fondo que desate la declaración de los derechos que se cree tener. En síntesis, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es "esencialmente" rogada, lo que implica que, se pone en movimiento por voluntad de las partes mediante la presentación de una demanda. Sin embargo, tal voluntad por activa (demandante) en algunos casos, se ve afectada por el interés público, en el sentido que el mismo ordenamiento

jurídico de forma concreta o de forma implícita impone la obligación de acudir ante la jurisdicción, como cuando se va a acudir en el medio de control de repetición consagrado en el artículo 142 del CPACA, y reglamentado por la ley 678 de 2001, pues es un deber que emana directamente del artículo 90 la Constitución, cuando afirma: En el evento de ser condenado el Estado a la reparación de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir con éste. (Const., 1991).

La iniciación del proceso de forma oficiosa, que podría indicar la aparición de rasgos del sistema inquisitivo, aparece también en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: i) el "Control inmediato de legalidad" contenido en el artículo 136 de CPACA y denominado como un medio de control, y que refiere al examen de los actos administrativos generales que sean proferidos como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, pues la autoridad que profiera el acto dentro de las 48 horas siguientes a la expedición deberá remitirlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y si no lo hiciere, la autoridad competente aprehenderá de oficio su conocimiento. Sin embargo, puede tener discusión si se trata de un proceso jurisdiccional perfecto, esto es, que confluyan partes en conflicto, pues a simple vista, no las hay, como tampoco hay demanda y lo único que resulta visible es un control consistente en una comparación entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, en especial el respectivo decreto de excepción suscrito por el gobierno nacional, y ii) el "control automático" de los fallos de responsabilidad fiscal consagrado en artículo 136A del CPACA que fue adicionado por el Artículo 23 de la ley 2080 de 2021, con similares características al control inmediato de legalidad pero que se precisa exclusivamente de los fallos de responsabilidad fiscal, valiendo la pena precisar que el Consejo de Estado ha cuestionado su procedencia al inaplicar los artículos 23 y 45 de la Ley 2080. (Auto de unificación, 2021), señalando en síntesis que tal medio de control vulnera el derecho de acceso a la administración de justicia, de quienes tengan interés concreto en formular demandas contra las decisiones que declaran la responsabilidad fiscal.

La demanda o iniciación del proceso, por voluntad de las partes (principio dispositivo), presenta una dificultad, en el sentido que no es discrecional ni del arbitrio del actor la escogencia del medio de control, pues éste se supone parte del origen del daño alegado y del fin pretendido, de otra forma el demandante escogerá el que más convenga para eludir cargas procesales o el término de caducidad; valga recordar y no es de poca monta, que la determinación del medio de control "adecuado" es el que marca el punto de partida de la verificación de los presupuestos procesales, requisitos

de procedibilidad, caducidad, y formalidades de la demanda, es decir, se establece la ritualidad con la que las partes y el juez van a seguir el proceso; razón por la cual, si el demandante indica una vía procesal inadecuada, el juez deberá imprimir el trámite que corresponda por ordenarlo así el artículo 171 del CPACA, lo que permite entender que el "objeto" del litigio, es formulado inicialmente por las partes y aceptado por el juez, excepto cuando el juez debe definir el objeto del litigio en razón que el actor equivocadamente señala o escoge la vía procesal que en suma no corresponde, avizorando así expresiones del principio inquisitivo.

Por otra parte, pero relacionado con lo anterior, una vez iniciado el proceso por actuación de parte, surge el siguiente interrogante, ¿Puede desistirse de las pretensiones?, cuestionamiento que resulta oportuno, al pensar que el actor no quiera continuar con el proceso y pueda desistir de sus pretensiones; en efecto, bajo unas reglas así opera. Sin embargo, el desistimiento de las pretensiones en sede contenciosa tiene trato singular, pues depende de la naturaleza de los procesos que son puestos en conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa, lo cierto es, que inicialmente el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, norma especial, no cuenta con disposición que regule el tema de forma concreta, y que por remisión expresa que es la contenida en el artículo 306 del CPACA resulta aplicable el Código General del Proceso y que admite el desistimiento de las pretensiones señalando unas reglas para su procedencia en el artículo 314, pero dicha posibilidad no resulta aplicable para controversias cuya iniciación involucren intereses públicos; y es cuando el demandante acude a la jurisdicción pero su legitimación por activa está dada por la ley de forma amplia, es decir, para cualquier persona o ciudadano, por ejemplo: i) simple nulidad (artículo 137 del CPACA) (Auto, 2011), ii) medio de control de protección de derechos e intereses colectivos de que hace referencia el artículo 144 del CPACA (Auto, 2007), iii) nulidad electoral, el cual cuenta que norma especial que expresamente señala la prohibición de desistimiento como es el Artículo 280 del CPACA, cuyo fundamento es la naturaleza de acción pública; sin embargo a pesar de no poder desistirse expresamente por el actor, se consagra en ese procedimiento especial una figura jurídica sin denominación pero que contiene los elementos de un desistimiento tácito, puesto que respecto al contenido del auto admisorio de la demanda, el artículo 277 del CPACA en su numeral 1 literal g). ordena al juez que en dicho auto (admisión de demanda) se debe señalar o dejar constancia, que si el demandante no acredita las publicaciones en prensa requeridas para efectos de surtir las notificaciones por aviso dentro de los veinte días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que las ordena, se declarará terminado el proceso

por abandono y se debe ordenar el archivo del expediente; lo cual se considera una contradicción entre esta disposición y la naturaleza jurídica del medio de control.

La prueba de oficio

La prueba permite ser analizada desde el sujeto que la promueve para efectos de determinar el sistema de mayor influencia en materia contenciosa administrativa, inicialmente y sin mayor controversia es la parte que afirma un hecho quien asume la carga de probarlo (onus probandi), bajo el principio "affirmanti incumbit probatio", que permite concluir con meridiana claridad que el sistema de mayor influencia es el dispositivo como regla general, al recaer en las partes la aportación de los medios de prueba que pretendan hacer valer dentro de juicio, y así lo ordena el artículo 103, el 162 No. 5 y 212 del CPACA, siendo interesante y desde luego con cierta polémica la excepción a la regla que es precisamente la participación oficiosa del juez en materia probatoria.

El Consejo de Estado antes de la expedición de la ley 1437 de 2011-CPACA no tenía una posición clara frente a la participación del juez en el tema probatorio, exponiendo diferentes argumentos, tales como: i) Con ponencia del Dr. Julio César Uribe Acosta y Radicado número 4993, se afirmó que, si bien la prueba de oficio es aceptada y permitida a tener la intención de llegar al conocimiento de la verdad, tal facultad no puede tener la esencia de suplir la negligencia que se presente por parte de los apoderados (Sentencia de enero 21, 1987); ii) en otro momento con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque y Radicado número 7974, se expuso que, al existir un interés público y la obligatoriedad de asumir conductas activas, el juez puede decretarlas sin importar la diligencia o no de las partes (Sentencia de febrero 01, 2000); y iii) un tercer momento, el Dr. Mauricio Fajardo Gómez en providencia con radicado número 16188, delimitó la prueba de oficio, manifestando que tal facultad no puede ser tenida en cuenta para justificar la inactividad probatoria de las partes, y que si bien la actividad del juez debe ser activa durante el proceso, no es admisible que tal actividad (la del juez) supla las deficiencias probatorias que debieron ser atendidas por las partes (Sentencia de diciembre 04, 2006).

Por su parte la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, al abordar el debido proceso señaló que es la forma objetiva de llegar a confrontar las pretensiones, por los medios idóneos para lograr la estabilidad y seguridad jurídica de las partes, en donde un tercero imparcial decidirá con la mayor certeza posible sobre la ocurrencia de los hechos en virtud de lo probado por las partes (Sentencia T-140, 1993). Siguiendo la Corte con el debido proceso, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara,

expone que el juez con ocasión a su función de administrar justicia, debe garantizar el debido proceso y de ser necesario decretar las pruebas que considere necesarias para aclarar los hechos que permitan decidir de forma justa (Sentencia C - 541, 1997); y más adelante con ponencia del Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, hizo referencia a la facultada oficiosa en el decreto de pruebas como un deber legal, cuando surja a partir de las reglas de la experiencia su necesidad, lo cual se hace evidente entre la comparación entre los hechos, lo que se probó, y la falta de algo esencial para decidir en búsqueda de la justicia y la verdad. (Sentencia T - 264, 2009)

El proceso contencioso administrativo en materia probatoria tiene su propio régimen, contenido en los artículo 211 a 222 de la Ley 1437 de 2011, el cual remite al Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso), sin embargo, regula de forma plena la prueba de oficio, en su artículo 213 de la siguiente manera:

> En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.
>
> Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.
>
> En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decrete pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decrete. (Ley 1437, 2011)

Lo señalado por la norma permite hacer varios comentarios:

1. ¿Es una facultad potestativa del operador judicial o es un deber? Gramaticalmente la norma otorga una facultad que al parecer es potestativa del juez, dejando a su sana crítica y a las reglas de la experiencia cuando necesita el proceso de una prueba, empero, se considera que la lectura más apropiada de la norma es entender que es un deber del juez proceder al decreto de una prueba de oficio cuando es necesaria para encontrar la verdad y en consecuencia, la justicia. La Corte Constitucional con ponencia de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, lo explica señalando:

> Así pues, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (I) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer asuntos indefinidos de la controversia; (II) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (III)

cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material.

24. Cabe recordar que en el caso de la jurisdicción contencioso administrativa se trata de la autoridad que, por vía judicial, controla la actividad de la administración pública. De tal forma le corresponde, de manera protagónica, la protección y salvaguarda del principio de legalidad, entendido como la garantía de que todas las actuaciones del Estado respeten el ordenamiento jurídico y con esto se alejen de la arbitrariedad.

El objetivo de esta jurisdicción exige un papel especial y cualificado de sus jueces, en particular en lo que se refiere a "una mayor diligencia en la búsqueda de la verdad procesal". Como resultado de ese rol, los jueces no sólo deben ser garantes del principio de legalidad sino de todos los fines del Estado, lo que implica la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas a fin de lograr la efectividad de los derechos fundamentales y de los principios fundantes del Estado.

25. En conclusión, las facultades oficiosas del juez materializan el mandato contenido en el artículo 228 de la Constitución, de conformidad con el cual en las actuaciones de la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial. En efecto, al ejercer un papel activo en el proceso, el funcionario judicial puede dirigirlo de forma activa para llegar a la verdad y así adoptar decisiones justas que garanticen los derechos constitucionales de las personas. (Sentencia T - 113, 2019)

2. El primer inciso de la norma, puede generar algunas dificultades, aunque se considera que en síntesis, la norma no pretende poner límites a las facultades oficiosas del juez, pero deja el imperativo que el decreto y practica sea conjunto con las pruebas solicitadas por las partes, surgiendo varias inquietudes, una de ellas, parte de que la prueba de oficio puede ser tanto en primera como en segunda instancia, de lo que podría entenderse que el decreto de las pruebas de oficio o bien deben ser decretadas en la audiencia inicial de que trata la audiencia 180 del CPACA que es el momento procesal en que se decretan las pruebas de las partes en primera instancia, o que se decreten en la oportunidad probatoria consagrada en el artículo 212 CPACA, modificado por el Artículo 53 de la ley 2080 de 2021, que se refiere a las pruebas de segunda instancia cuando se presente uno de los supuestos enumerados, sin que exista la posibilidad de que sean en otro momento procesal; una segunda inquietud es la relacionada con la literalidad de la norma, la cual sugiere que si no se aportan ni solicitan pruebas por las partes, el juez se encuentra limitado para el decreto de pruebas de oficio. En sede de revisión de tutela ha dicho la Corte Constitucional con ponencia de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado: "De las normas citadas se evidencia que el nuevo código previó la facultad de decretar las pruebas de oficio: (i) conjuntamente con aquellas solicitadas por las partes para esclarecer la verdad, y (ii) cuando el proceso esté para sentencia en cualquiera de las instancias, mediante auto de mejor proveer, con el fin de esclarecer puntos oscuros o difusos del debate."

(Sentencia T - 113, 2019)

3. De la lectura de inciso segundo de la norma, resulta claramente al momento de proyectar el fallo que resuelva el conflicto y tan solo es para dilucidar puntos oscuros que se encuentren para dicho momento procesal, así las cosas, el decreto de dicha prueba puede ser entendido que es improcedente para probar hechos que se encuentren sin probar, tan solo tiene un alcance aclaratorio frente a la valoración de otros medios de prueba que generan insuficiencia necesaria para dar claridad o certeza frente a la ocurrencia de un hecho, y que es necesario al momento de fallar. Esa providencia que decreta la prueba, conocida como auto de mejor proveer "(…) está sometida al arbitrio del juez, pues hace parte de su poder instructivo facultativo, en contraste con el impositivo que propende por el esclarecimiento de la verdad dentro de las instancias y bajo el iter de la facultad instructiva propiamente dicha –no en la excepcional que se analiza-" (Sentencia del 9 de febrero, 2017)

4. El inciso final, señala la posibilidad de las partes a contraprobar la prueba de oficio, y que su solicitud se puede hacer durante el término de ejecutoria del auto que la decreta, dicha situación en la práctica no es tan sencilla y por la simple razón que las partes conocen el medio de prueba, pero no el contenido de la misma, así las cosas, en dicho momento procesal no puede pretender válidamente contraprobar algo que en suma se desconoce.

Con todo, la prueba de oficio es un verdadero deber, un poder de juez que no puede tener límites, pues si la fuente de dicha facultad es el conocimiento de la verdad y la justicia, debe hacerse uso de ella, sin perjuicio de hacer un análisis serio para su decreto, motivando tal decisión, en tanto justifique su necesidad, o se determine el objeto de esclarecimiento que se pretende.

Como se había mencionado en reglones atrás, existe remisión en materia probatoria del CPACA al CGP, llamando la atención posibles incoherencias normativas en el plano de lo práctico, por citar alguna, el artículo 173 del CGP, ordena que las partes deben obtener las pruebas por fuera de juicio en ejercicio del derecho de petición, estas deben ser aportadas con la demanda o con la contestación y de no hacerlo, se rechazará la solicitud que se haga al juez para que sea el despacho quien las recaude; aunque se entiende su finalidad, consistente en tener la mayor información desde el principio del proceso, la celeridad y alivianar a los despachos de dichos tramites; dicha norma es un atentado a la búsqueda de la verdad, de ser necesarias las pruebas, el juez en suma debe decretarlas, pues al poder hacerlo de oficio, no tiene un objeto útil rechazarlas, siendo similar el razonamiento frente al derecho de desistir pruebas (Articulo 175 del C.G.P.) que han sido decretadas y que pueden llegar a ser necesarias al interior del proceso. Lo

cierto es, que si el argumento que soporta con mayor rigor la iniciativa judicial probatoria es la búsqueda de la verdad, decisiones justas el único válido argumento para no llevar las pruebas a juicio, son la ilicitud, las pruebas notoriamente impertinentes, inconducentes, o las abiertamente superfluas o inútiles, que son precisamente las razones de rechazo de plano de pruebas consagradas en el artículo 168 del CPACA.

Es decir, no hay una armonía entre los principales fundamentos de la iniciativa probatoria por parte del juez, y la serie de obstáculos normativos para llevar las pruebas al proceso, o no hay unas reglas que delimiten las variantes que en la práctica ocurren y no dejen un ambiente de razonabilidad en las decisiones que las resuelven, y si ello es así, ni que decir, en la adecuada forma de subsistir en un mismo ordenamiento jurídico reglas de carga de la prueba y de prueba de oficio.

Control por vía de excepción

Todo juez de la Republica a petición de parte o de oficio puede inaplicar una disposición jurídica por ser contraria a la Constitución, pero en especial para el juez administrativo se cuenta con la facultad de inaplicar a petición de parte o de oficio actos administrativos que vulneren la ley o la Constitución, desde luego, con efectos interpartes, por autorización expresa del Articulo 148 del CPACA; si bien dicha facultad se encuentra en el acápite de medios de control, lo cierto es que se trata de una facultad que puede ser provocada por las partes, o que puede ejercerse de oficio por el juez, en todo proceso judicial que se tramite en sede contenciosa administrativa. Y tiene su fundamento en que el ordenamiento jurídico es jerarquizado, así como que el sistema jurídico acepta controles mixtos de constitucionalidad y de legalidad, por acción y por excepción, el primero logrando la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma acusada de violatoria del ordenamiento jurídico superior, y el segundo dejando de aplicar en un caso concreto la decisión o disposición normativa que sin ser demandada, el dejar que siga produciendo efectos impide la materialidad de los derechos de mayor envergadura y afecta la supremacía de normas jerárquicamente superiores.

Lo brevemente expuesto, permite explicar el control por excepción, que puede solicitarse por el demandante o demandado, siendo una manifestación de principio dispositivo; aunque también lo puede y debe hacer el juez al momento de proferir su sentencia, siendo una facultad del juez que incluso afecta el principio de justicia rogada que opera en esta jurisdicción, afectando el principio de coherencia entre las pretensiones de la demanda y el fallo, dejando notar el poder del juez administrativo.

Terminación del proceso

"Sentencia" es la decisión judicial que por regla general da fin a los procesos y que resuelve los conflictos que son puestos a conocimiento de la jurisdicción. En contencioso administrativo la expedición de una sentencia para algunos casos se constituye en un imperativo, es decir, que excluye la posibilidad de una forma de terminación diferente a ella. Siempre debe concluir con la expedición de una sentencia procesos iniciados por algunos medios de control, tales como los controles inmediatos de legalidad, los controles automáticos de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal, la nulidad simple, la nulidad electoral, perdida de investidura y las controversias contractuales cuando la pretensión sea la nulidad absoluta del contrato. Y ello se justifica precisamente en la naturaleza del control judicial que se realiza, al recaer en la protección del ordenamiento jurídico en abstracto. En nada deja la voluntad de las partes para dar la terminación del proceso, cerrando la posibilidad del desistimiento, la transacción o de la conciliación.

Se presenta en cambio otro medio de control que deja en cierta forma campos de decisión y de voluntad de las partes, pero aun así requieren de providencia judicial "sentencia", tal como es la protección de derechos e intereses colectivos - acción popular (Sentencia 15 de abril de 2010), quien si bien existe figura jurídica como el pacto de cumplimiento, con rasgos en algo similares a la conciliación, requieren aprobación mediante sentencia, y ello se justifica en que la derechos en juego son de interés general, pero además, el legitimado en acudir en demanda lo es cualquier persona que considera la vulneración de un derecho colectivo.

La terminación del proceso de forma anormal o sin "sentencia" es viable en la jurisdicción contenciosa para medios de control como el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativo (acción de cumplimiento), y ello se da al verificarse el cumplimiento del deber omitido y permite la terminación del proceso mediante "auto". En nulidad y restablecimiento del derecho y por la naturaleza de los derechos en juego, es viable el desistimiento, la conciliación, el allanamiento, y la transacción (Articulo 176 del CPACA), y lo mismo ocurre en los medios de control de reparación directa, reparación de perjuicios causados a un grupo y controversias contractuales, aun con ello, obliga a precisar, que le deja al juez el análisis de legalidad y la decisión de aprobar o improbar las conciliaciones a que arrimen las partes, pues tales acuerdos tienen un control en razón a que los recursos objeto de conciliación son públicos.

Conclusiones

El objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, implica preguntarse ¿qué conoce? y ¿para que esta instituida?, históricamente El Consejo de Estado fue diseñado como órgano consultivo de la administración pública, pero al otorgarle funciones jurisdiccionales la clara intención era el control del ejercicio de la función pública, en especial de la función administrativa, utilizando un criterio material para delimitar el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa, sin embargo, ha mutado con ocasión a que en esencia en la actualidad se aplica prevalentemente un criterio orgánico, dando mayor valor a la naturaleza de entidades "públicas" que a la función que se desarrolla, y que implica cada vez más el conocimiento de ésta jurisdicción de asuntos que tienen como fundamento el ejercicio de actividades privadas, y/o el conocimiento de asuntos que aunque desarrollados por entidades públicas, el mismo ordenamiento jurídico ha establecido que el derecho aplicable es el derecho privado.

El sistema que gobierna a la jurisdicción contenciosa administrativa, es predominantemente dispositivo, pues muchas de las actuaciones procesales son iniciadas por el fuero interno de las partes, sin embargo, la oficiosidad del juez está presente y se encuentra potencializada por los intereses que se discuten en esta sede, intereses que en muchos de los casos son de naturaleza pública.

Resulta necio en la actualidad discutir la facultad oficiosa del juez en materia probatoria, con todo, la decisión que la decrete se considera debe estar suficientemente motivada de tal forma que se alcance a entender la necesidad de la misma para llegar a la verdad, o la precisión para las partes de la duda u oscuridad que pretende aclararse con la prueba que se declare, sin desconocer y evaluar otros principios o reglas como la carga de la prueba.

El control por vía de excepción es otra muestra de un juez capacitado para afrontar todo proceso judicial que se encuentre en su conocimiento, siendo que puede "inaplicar" actos administrativos que no han sido declarados nulos.

La voluntad de las partes para la terminación del proceso es bastante restringida en materia contenciosa administrativa, y aun cuando le asiste importante grado de participación como en la conciliación y la transacción, es el juez quien le vigila y analiza los alcances de los acuerdos por las partes celebrados, incluso cuenta con la facultad de aprobar o improbar tales acuerdos.

El juez perteneciente a la jurisdicción contenciosa administrativa, debe ser conocedor de un campo jurídico que ha sido diseñado bajo una lógica, características y sujetos diferentes al derecho privado, en donde el Estado goza

de unas prerrogativas preconcebidas por la ley, por lo que sus decisiones deben estar basadas en una argumentación y fundamentación diferente. En la etapa de la aparición del conflicto, antes del proceso, los particulares se encuentran en desventaja frente a la administración, resultando clara la inferioridad frente al poder de las administraciones y de sus prerrogativas públicas, se puede observar de forma evidente que en muchos de los casos, los eventuales conflictos judiciales quedan inicialmente resueltos por la administración (actos administrativos), decisiones que van arropadas por la presunción de legalidad, imponiendo la carga para desvirtuar la presunción al administrado, aspecto que no es de poca importancia para el momento en que se lleva el conflicto a un proceso judicial, pues el juez de la jurisdicción contenciosa debe entender que los conflictos puestos a su consideración no son entre sujetos de derecho que puedan ser tratados como iguales.

El juez administrativo como director del proceso se enfrenta a una difícil tarea, la toma de sus decisiones debe armonizar la real desigualdad entre administrado y la administración, la igualdad procesal, las cargas probatorias, el conocimiento de la verdad, la indemnización integral, la protección del patrimonio público, ente otros, lo que implica gran templanza para el ejercicio de todos los poderes con que se le ha investido.

Referencias

Berzosa Francos, M. (1992). Principios del proceso. Justicia: revista de derecho procesal, 553-620.

Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011]. Obtenido de **https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/2045451/LEY+1437+DE+2011+PDF.pdf/7f84163f-0261-4790-b67b-83012cb70a62?version=1.1**

Consejo de Estado. (10 de mayo de 2007) Auto, Radicación 2004-02428-01

Consejo de Estado. (7 de febrero de 2008). Auto, 30903

Consejo de Estado. (03 de junio de 2011). Auto, Radicación 2008-00124-00

Consejo de Estado. Sala Plena de lo contencioso administrativo (29 de junio de 2021) Auto de unificación, Rad. 11001031500020210117501.

Consejo de Estado. (21 de enero de 1987) Sentencia, Radicación 4993

Consejo de Estado. (01 de febrero de 2000) Sentencia, Radicación 7974.

Consejo de Estado. (04 de diciembre de 2006) Sentencia, Radicado 16188.

Consejo de Estado, Sección Quinta (09 de febrero de 2017) Sentencia, Radicado 41001233300020160008001.

Consejo de Estado, Sección Primera. (15 de abril de 2010) Sentencia, Radicado 17001233100020030031001(AP).

Constitución Política de Colombia. [Const.] (20 de Julio de 1991). Colombia. Recuperado el 20 de 01 de 2019, de **http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html**

Corte Constitucional. (23 de octubre de 1997) Sentencia C - 541.

Corte Constitucional. (3 de abril de 2009) Sentencia T - 264, expediente T-2.112.744.

Corte Constitucional. (16 de abril de 1993) Sentencia T-140

Corte Constitucional. (14 de marzo de 2019) Sentencia T - 113

López Blanco, H. (2005). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Bogotá D.C.: Dupre.

Macarel, L. (1843). Cours de Droit Administratif. Paris: Gustave Thorel.

Nieva Fenoll, J. (2014). El mal nombre del principio inquisitivo. Justicia: revista de derecho procesal, 131-166.

Nigro, M. (Septiembre de 2002). Giustizia amministrativa. Il Mulino.
Quintero, B., & Prieto, E. (1995). Teoría General del Proceso. Bogotá D.C.: Nomos S.A.

Ramírez Carvajal, D., Bustamante Rúa, M., Pabón Giraldo, L., Rojas López, J., Soto Soto, Ó., & Velásquez Restrepo, L. (2010). Derecho procesal contemporáneo. Medellín: Universidad de Medellín.

Santofimio Gamboa, J. (2003). Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá D.C. : Universidad Externado de Colombia.

El Internet como Derecho Fundamental Autónomo o un Servicio Público Esencial.

William Yeffer Vivas Lloreda [1]

Resumen: El internet hoy ha pasado de ser una simple innovación tocológica, a tener la categoría de servicio esencial, como es el caso de Colombia y en muchos casos se le da la categoría de derecho fundamental autónomo de carácter prestacional; sin embrago, para nosotros, esta herramienta debe pasar de ser considerada un simple servicio y llevarse a la categoría de derecho fundamental autónomo, en razón que se constituye en la plataforma necesaria para la realización de muchos derechos, por ello, los Estados deben garantizar a cada uno de sus habitantes el goce efectivo de este derecho. Este derecho está directamente ligado con la dignidad humana, que se adquiere por el simple hecho de nacer, pues, queda claro que en la actualidad hemos trascendido de la realización de derechos en el mundo fenomenológico, a la realización de los derechos en un mundo virtual, dicho espacio o mundo virtual por su vertiginoso crecimiento hoy goza de la regulación y control por parte del Estado.

Palabras claves: Internet, Derecho fundamental, Tecnologías de la Información y Comunicación, Derecho Humano, Garantía de Derecho, Virtualidad, conexidad, autónomo, servicio.

1 Candidato a Doctor en Derecho de la UNLZ – Argentina, Magister en Derecho Procesal Constitucional de la UNLZ – Argentina; Magister en Derechos Humanos y Dica de la Escuela Superior de Guerra, Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo, de la U. de Medellín, Magister en Derechos Procesal Contemporáneo de la U. Medellín; Esp. Derecho Procesal Penal – UCC de Colombia; Esp. Derecho Contencioso Administrativo – U. Externado de Colombia; Docente Universitario, Coautor de varias obras colectivas de Derecho Procesal Constitucional.

The internet as an autonomous fundamental right or an essential public service.

William Yeffer Vivas Lloreda

Abstrac: The internet today has gone from being a simple obstetric innovation to having the category of essential service, as is the case in Colombia, and in many cases the category of a fundamental right of a benefit-related nature; However, for us, this tool must go from being considered a service and be taken to the category of autonomous fundamental right, since it constitutes the necessary platform for the realization of many rights, therefore, the States must guarantee each one of its inhabitants a vital minimum of the internet, by the simple fact of being born, therefore, it is clear that today we have transcended from the realization of rights in the phenomenological world, to the realization of rights in a virtual world, which today It is regulated and controlled by the State.

Key words: Internet, Fundamental Right, Information and Communication Technologies, Human Right, Guarantee of Right, Virtuality, connectedness, autonomous, service.

Introducción

El derecho como una ciencia social que procura la organización de la vida en sociedad, muta al igual a como muta la sociedad; quiere decir, que los fenómenos sociales dominan el derecho, razón por la cual, las etapas de desarrollo que vive la sociedad marcan un sendero por donde debe trasegar el orden jurídico, o mejor el establecimiento del orden jurídico en estricto sentido.

La cuarta revolución industrial, o la época de la era digital como también es llamada, ha traído consigo una serie de comportamiento y nuevas formas de relacionamiento que importan a la regulación del derecho, en el marco de este, nacen algunas herramientas que se constituyen en la actualidad en elemento fundamental para la realización de derechos, prestar servicios o se convierten en derechos propiamente dicho; así es el internet, una herramienta de innovación tecnológica que se ha convertido en sine qua non en la sociedad actual, ya que influye y es necesaria en las relaciones sociales, políticas, económicas, culturales, del estado y jurídicas; hoy hemos pasado de pensar en una realidad material a una realidad virtual donde se materializan y se gozan derechos, por eso en el presente estudio abordaremos la discusión sobre si esta herramienta de innovación tecnológica (internet), que hoy es un servicio esencial en muchas legislaciones como es el caso de Colombia, puede dársele la entidad de derecho fundamental autónomo y como tal su relación estrecha con el proceso y desarrollo de este, en el entendido que existe un plan del gobierno colombiano – rama judicial que busca la transformación digital de la justicia, para pasar de un expediente físico a un expediente electrónico y de actuaciones físicas a actuaciones procesales por medios digitales, o dicho de mejor manera, el desarrollo del proceso como medio para la garantía y restablecimiento de derechos se hará de manera digital, donde el internet juega un papel importante.

Por esta razón en el desarrollo de este trabajo de investigación nos propusimos determinar si el internet es un derecho fundamental autónomo o simplemente es un servicio, si es un derecho fundamental es de carácter? y cuál es la relación que existe entre el internet y el proceso, donde haremos algunos aportes con el objeto enriquecer la literatura académica sobre lo que a nuestra consideración llegará y es la utilización total de las TICs con todas sus ventajas y desarrollos en las actuaciones judiciales, para lo cual haremos una revisión de la actualidad normativa en este tema, haremos algunos comentarios sobre el uso de las TICs en la actualidad, para llegar a concluir si es o no un derecho fundamental y si es este importante al proceso.

1. Generalidades del Internet en la 4ta Revolución Industrial.

La cuarta revolución industrial, llamada también revolución digital o industria 4.0, surgió a principios de este siglo, como una revolución basada en las tecnologías, en esta se da una interacción o una integración del mundo virtual y físico, en la 4ta revolución industrial cobra mucha fuerza las tecnologías disruptivas y en el marco de ellas temas como la inteligencia artificial (IA), la robótica, ingeniería de datos, el internet de las cosas (IoT), blockchain, la biotecnología, la nanotecnología, telefonía móvil implantable etc. (Pabon 2020)

La historia de la humanidad ha vivido y vive etapas de evolución, esas etapas de evolución que están directamente relacionadas con la forma del relacionamiento social, las nuevas formas de inversión y transformación de la materia, lógico, también conllevan a que el derecho se mueva a la medida que se mueve la sociedad, el derecho así entendido es dinámico. Esas nuevas dinámicas que trae esos nuevos desarrollos en la sociedad, llevan a que se creen nuevas conductas reprochadas por la ley, nuevas conductas que requieren regulación y nuevos fenómenos sociales que finalmente se convierten en fenómenos de regulación jurídica.

En el marco de la hoy llamada 4ta revolución industrial, donde según los expertos está basada en la virtualidad, *en la hiper-conectividad y los sistemas ciberfísicos –el internet de las cosas–, o la micro- fabricación representada por el movimiento maker, gracias a la popularización de las impresoras 3D y la economía directa a través de plataformas de financiación colectiva como Kickstarter, el acceso a los servicios estatales y gubernamentales a través de medios digitales (Oliván 2016).*

Hoy cuando en el mundo se habla de la cuarta revolución industrial, también llamada la revolución digital o tecnológica, muestra la importancia que la tecnología ha ganado en la vida humana, en esta nueva etapa de relacionamiento social, de ninguna manera indica que la tecnología es el elemento fundamental de la sociedad, o sobre la cual gira la sociedad; por el contrario, la sociedad y todos sus desarrollos giran alrededor del hombre, es la persona el centro de atención en cada etapa de desarrollo, como lo es en esta, solo que los avances que desarrollaremos de manera resumida en este trabajo, facilitan, optimizan y eficientizan el trabajo del hombre y sus formas de relacionarse. Cada avance que se logre en esta cuarta revolución industrial debe estar pensada con humanidad, hay que humanizar la tecnología, no puede en ningún momento pensarse en hacer una competencia de hombre Vs. máquina, la tecnología debe ser pensada para facilitar las actividades humanas no para reemplazarlo. En principio puede pensarse o verse que las maquinas o avances tecnológicos estarían destinadas a reemplazar al hombre, porque varias actividades que antes eran desarrolladas u operadas por personas hoy

son automatizadas; aun así, no puede verse que este avance como reemplazo la mano de obra de una persona, por el contrario, dicho avance debe conllevar a que un servicio (entendida así toda actividad pública o privada) sea más eficiente y ágil para el usuario.

En la lógica anterior podemos ver como hoy el control de ingreso y pagos a parqueaderos no requiere de una persona que lo atienda, este a través del uso de tecnología es automático, lo que hace más ágil el ingreso y salida de estos, como también el pago; la implementación de servicios digitales para transacciones financieras, compra el línea, derechos de petición en línea, contestadores robotizados (Chatbots), la atención médica virtual, la docencia por medios digitales, los tramites digitales del estado, cámaras con reconocimiento facial, la redes sociales que permiten la comunicación gratuita de carácter universal, entre otros avances logrados en esta nueva etapa de desarrollo social, el fin último es mejorar la calidad de vida de las personas, mejorar la vida en la sociedad. Estos avances deben ir en dirección de atender problemáticas no atendidas, o solucionar de mejor manera algunas situaciones propias de las relaciones sociales, las TICs deben mejorar en calidad, en oportunidad y en cobertura la atención del estado en sus obligaciones con su coasociados.

La revolución 4.0 debe verse como un fenómeno social, que influye y trae nuevas formas de relacionarnos, mediante la implementación de técnicas, tecnologías disruptivas, avances que faciliten las relaciones sociales y prestación de servicios. La era digital que trae consigo la cuarta revolución industrial, debe facilitar las formas de relacionarnos, las formas de solucionar problemas de la medicina, de las actividades comerciales, del acceso al Estado, de la lucha por la igualdad de oportunidades, deben verse las tecnologías como una herramienta para disminuir las desigualdades y las brechas de acceso a los servicios del Estado y la materialización de derechos por parte de los habitantes de los países.

El internet como derecho fundamental de la sociedad de la información y las comunicaciones, se constituye en la herramienta, que permite y facilita la creación, el acceso, el almacenamiento, el procesamiento y la distribución de la información; el internet así concebido, juega un papel esencial en las relaciones sociales, culturales y económicas entre las autoridades, las empresas y los ciudadanos, y, estos entre sí, siendo obligación del estado disponer de su acceso a todos de forma igualitaria. En esta nueva etapa de transformación del Estado y la sociedad, el internet es el fundamento para construir la nueva identidad de los derechos fundamentales (Landa 2018).

El internet es una de las herramientas más populares de las TICs y que se desarrolló en el marco de la revolución 4.0, es de los mejores y más

importantes descubrimientos o avances del hombre, este ha permitido solucionar problemas en las comunicaciones que son inescindibles en todas las relaciones sociales y económicas en la vida humana, de ser un avance de acceso privilegiado, a ser hoy un avance de acceso popular y que con el pasar de los años, será el principal canal de desarrollo y base de las relaciones sociales en su contexto general, lo que ha llevado que en la actualidad en muchos países se le dé la categoría de derecho fundamental autónomo y otros de servicio público esencial.

Como lo indicamos anteriormente, el servicio de internet, (es para nosotros es un derecho fundamental como lo desarrollaremos más adelante), en los últimos años ha venido ganando espacio importante en la vida social, en el relacionamiento social, pasó de ser un privilegio de algunas personas y estratos sociales, a convertirse en un instrumento fundamental - necesario para operaciones bancarias, acceder a distintos servicios públicos o privados y conectar el mundo, para hacer uso del derecho de acción y el desarrollo del proceso mismo.

Ya varios Estados y organizaciones internacionales, han iniciado a regular éste, dándole el carácter de esencial unos y otros le han dado el carácter de derecho, dejando en manos de los gobiernos la obligación de la garantía de la prestación de este en condiciones adecuadas que permitan la materialización de los derechos de los habitantes de sus territorios, derechos que han pasado desarrollarse y materializarse del mundo físico al mundo virtual.

Si el internet es una herramienta base para el acceso a servicios y gozar de derechos, que merece toda la atención y protección por parte de los Estados, dicha protección debe ir en una doble dirección, por un lado a garantizar el acceso, frente a esta primera afirmación, garantizar la igualdad a todos los ciudadanos el acceso, para lo cual se deberá llevar infraestructura para la distribución de redes, o cobertura de redes a todas partes del territorio y por otro lado que los ciudadanos puedan o tengan los medios propios o alternativos para acceder a este, dicho de otra manera, que los ciudadanos cuenten con terminales de acceso.

Para la ley 1341 de 2009 Artículo 6º, Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios; que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como: voz, datos, texto, video e imágenes.

El internet ha ganado tanto espacio en las agendas de los gobiernos y agencias internacionales, que cada vez más estas se preocupan más por su regulación y llamado a los gobiernos a dar la importancia como herramienta de interés público o derecho fundamental, para que propicien las condiciones de tal forma que sus habitantes puedan gozar éste, pero dejando clara la carga a cargo del Estado de suministrar la infraestructura que garantice la cobertura Universal.

En el 2011, la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA); la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación; y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), firmaron la Declaración sobre la obligación que tiene los Estados de promover el acceso universal a Internet, indicando que este servicio es de carácter esencial y que no pueden justificar bajo ninguna razón la interrupción, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional (OEA 2011).

Igualmente el Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción y la protección de la libertad de expresión en Internet, afirmó en un informe de 2012 que todos los derechos deben ser protegidos también en el internet, afirmando sobre la naturaleza mundial y abierta de Internet como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas, incluido el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible;, razón por la cual los Estados deben fomentar la alfabetización digital y facilitar su acceso, procurando la disminución de la brecha digital, (ONU - Consejo de Derechos Humanos 2016), en el 2012 en mesa redonda en el marco del periodo de sesiones 21 del Consejo de Derechos humanos el Alto Comisionado de Derechos Humanos, presentó un informe sobre sobre la promoción y la protección de la libertad de expresión en Internet; además, se destacó el papel influyente del internet en la promoción y protección de los derechos humanos (ONU - Consejo de Derechos Humanos 2012)

> Según Edison Lanza (2017), relator especial para la libertad de expresión: "el acceso a internet constituye una condición sine qua non para el ejercicio efectivo de los derechos humanos hoy en día, incluyendo especialmente los derechos a la libertad de expresión y opinión, asociación y reunión, educación, salud y cultura desarrollados en el presente informe. Conforme su naturaleza, en tanto que medio inescindible del ejercicio pleno de determinados derechos, el acceso a internet debe garantizarse universalmente, adoptando medidas para cerrar la brecha digital, promoviendo políticas de desarrollo de infraestructura, y protegiendo en todo momento la calidad e integridad del servicio, estableciendo prohibiciones explicitas en torno a bloqueos arbitrarios, parciales o totales y ralentizaciones" (Lanza 2017)

para Lanza, el acceso al internet debe ser de carácter universal, para ello se requiere por parte de los Estado la instalación de la infraestructura que otorguen las condiciones para todos los habitantes pueda acceder a este en igualdad de condiciones, procurando la eliminación de las barreras sobre uso y goce de las TICs, para lo cual podrán los Estados adoptar medidas de diferenciación positiva, especialmente para comunidades y personas que por sus condiciones de vulnerabilidad, marginidad o discriminación presentan mayores dificultades para su acceso; sin embargo, el acceso al internet para la materialización de los Derechos Humanos, no se garantiza solo con la disposición de la infraestructura que lleve cobertura a todos los rincones del territorio; además de ello, es necesario que las personas cuenten con conocimientos o habilidades necesarias que garanticen su real acceso a las herramientas, esto último hace parte de la llamada alfabetización digital, la cual es necesaria para que quienes tengan acceso al internet puedan materializar sus derechos (Lanza 2017).

En la agenda de Túnez para la Sociedad de la Información, se habló sobre la necesidad de reducir la brecha digital, la gobernanza del internet y de las TICs, haciendo una serie de recomendaciones para los Estados adopten políticas públicas y acciones tendientes a darle la importancia que requieren las TICs en el desarrollo de los países y en la materialización de los derechos, para lo cual recomiendan se establezcan políticas e incentivos para lograr y facilitar el acceso universal de todas las personas a las TICs (Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información. 2006).

Con el desarrollo normativo que ha tenido y la importante que desde nivel internacional se le ha dado a las TICs y con ellas al Internet, nos podría llevar a afirmar que este un derecho humano, tal y como se afirma en el informe del Consejo de Derechos humanos del 2012 referenciado en precedencia; sin embargo, hay muchos autores y en muchos estados este aún no se le entrega la categoría de derecho autónomo, pero sí de servicio esencial como lo veremos a continuación.

2. El Internet como Servicio Esencial.

Varias legislaciones han avanzado en la regulación del internet, llevándola a la categoría de servicio esencial, esto en razón a la importancia que vienen ganando los medios digitales, en la oferta y goce de los distintos servicios institucionales, de relacionamiento social, económico, político y cultural que se realiza a través de las TICs; en Colombia con la Ley 2108 del 29 de Julio de 2021, se elevó el internet a la categoría de servicio público de carácter esencial, así:

2021, se elevó el internet a la categoría de servicio público de carácter esencial, así:

> "Artículo 4º. Adiciónese un parágrafo nuevo al artículo 10 de la Ley 1341 de 2009, el cual quedará así: ARTÍCULO 10. HABILITACIÓN GENERAL (...) Parágrafo 4. El acceso a Internet es un servicio público esencial. Por tanto, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones no podrán suspender las labores de instalación, mantenimiento y adecuación de las redes requeridas para la operación de este servicio público esencial, y garantizarán la continua provisión del servicio"

Adicional a ser un servicio de carácter universal, Ley 2108 del 29 de Julio de 2021, Articulo 2º. PRINCIPIOS ORIENTADORES.

> (...) "11. Universalidad: El fin último de intervención del Estado en el Sector TIC es propender por el servicio universal a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones."

La corte constitucional en su jurisprudencia ha precisado que un servicio se considera esencial cuando:

> "las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales". En tal sentido, la Corte ha declarado que servicios como la (…) las telecomunicaciones; (…) y los servicios públicos domiciliarios, son materialmente servicios públicos esenciales" (CConst. Sentencia C-691 2008).

Son varios los Países donde se le ha dado la categoría de servicio esencial y hasta de derecho al internet, entre ellos México, Holanda, Canadá, Chile, Costa Rica y lógico como lo vimos anteriormente Colombia. Estudiaremos de manera muy resumida a manera de ilustración como Argentina y México, le han dado la categoría de servicio esencial al internet. En el caso de Argentina mediante decreto presidencial Nº 690 del 21 de Agosto de 2020, se adicionó la Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ley N° 27.078 de 2014, la que en su artículo 1º adiciona como artículo 15º la ley antes citada, en los siguiente términos:

> "Artículo 15. Se establece que los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia. La autoridad de aplicación garantizará su efectiva disponibilidad" (Boletin Oficial de Argentina 2020).

Según este decreto el internet es un servicio además de esencial, es de carácter obligatorio y universal, que este se debe prestar en condiciones de igualdad; adicional este decreto introdujo algo muy interesante relacionado con el Plan Básico Universal Obligatorio, es un mínimo de acceso a los

servicios de telefonía, televisión o internet, que el estado garantiza de manera gratuita una vez se cumplan los requisitos establecidos por la autoridad regulatoria. México también ha logrado avances en la garantía del acceso al internet, en la constitución política de los Estados Mexicanos en su articulo 6º, al establecer que:

> "(…) el Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios". "(…) (B. II.) Las telecomunicaciones son servicios públicos de interés general, por lo que el Estado garantizará que sean prestados en condiciones de competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, interconexión, convergencia, continuidad, acceso libre y sin injerencias arbitrarias" (Gobierno de Mexico 1917).

Como se puede evidenciar de la cita anterior, México a parte de darle el carácter de servicio básico de interés general (esencial) llevó este al texto de la constitución en reforma constitucional que se realizó en el año 2013, lo que podría deducirse no solo de su reconocimiento como servicio esencial; sino, como derecho de carácter constitucional.

Como se puede notar en las normas transcritas, el internet no debe verse solo como un avance tecnológico, sino como una nueva forma de relacionamiento social, institucional, política y económica, lo que lo eleva a esencial o fundamental en este tipo de relaciones, razón por la cual, los Estados deben procurar que esta potísima herramienta esté a disposición de todos los habitantes de su territorio, para lo cual, desde lo institucional se deberá hacer un esfuerzo en la instalación de la infraestructura que permita el acceso. Solo hay que ver que muchas acciones que hacen parte de ese relacionamiento que antes referimos se hacen de manera presencial y estas han migrado para ser realizadas solo a través de medios virtuales.

Como se puede notar en las normas transcritas, el internet no debe verse solo como un avance tecnológico, sino como una nueva forma de relacionamiento social, institucional, política y económica, lo que lo eleva a esencial o fundamental en este tipo de relaciones, razón por la cual, los Estados deben procurar que esta potísima herramienta esté a disposición de todos los habitantes de su territorio, para lo cual, desde lo institucional se deberá hacer un esfuerzo en la instalación de la infraestructura que permita el acceso. Solo hay que ver que muchas acciones que hacen parte de ese relacionamiento que antes referimos se hacen de manera presencial y estas han migrado para ser realizadas solo a través de medios virtuales.

Podemos afirmar en esta parte de este estudio, que por ser el internet una herramienta popular en la actualidad para la oferta y demanda de servicios, se constituye en una plataforma necesaria para la realización de

distintas actividades que antes solo se hacían de manera presencial, aún más, para la materialización de derechos, por ejemplo en el marco de la pandemia que se vive por el Covid 19, donde gran parte de las actividades comerciales, económicas, sociales, políticas y culturales se realizan por medios virtuales, siendo el internet una herramienta *sine qua non* para su realización; sin embrago, consideramos que el internet va más allá de ser una simple herramienta tecnológica, más allá de una plataforma para las distintas formas de relacionamiento temático humano, el internet tiende a convertirse en un instrumento de la actualidad inherente al ser humano y fundamental para su relacionamiento y desarrollo.

3. El internet como Derecho.

Como lo dijimos anteriormente el internet ha ganado tanta importancia y espacio en la vida humana y relaciones sociales, que no debe dársele a éste la categoría de servicio; sino, de un derecho que puede ser autónomo o por conexidad.

La discusión que existe en la doctrina sobre el surgimiento de una cuarta generación de derechos, estos son, los derechos digitales, que demandan de un esfuerzo de los Estados en su regulación y garantizar el acceso igualitario de las personas para que gocen en igualdad de condiciones a estos.

Según Juan Carlos Riofrio, (2014),

> "Varios autores y organismos, incluso, han adelantado ya varios proyectos y declaraciones sobre los derechos digitales. Una de las primeras fue la de Robert B. Gelman, quien en 1997 difundió una propuesta de "Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio" delineada sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En la Declaración de Itacuruçá se consagra el derecho al acceso democrático a la sociedad del conocimiento. Consta también la Declaración de Independencia del Ciberespacio de John Perry Barlow, de 1996, donde se entiende a Internet como un camino abierto para la mejora de la condición humana y de la sociedad. La Declaración de Florianópolis recoge la aspiración de los países Latinoamericanos de integrarse en la sociedad de la información. El año 2008, Emilio Suñé publicó su Declaración de Derechos, mucho más innovadora. Entre estos esfuerzos destaca la "Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet" suscrita el 1.º de junio de 2011 por las diversas relatorías para la libertad de expresión de la ONU (Riofrio 2014).

Ya varios autores entre esos Isaías Jorge Acata, (2011)

> afirman que el acceso a internet debe considerase un derecho que todo ser humano tiene para obtener y transmitir información sensible o no, así como para expresar sus ideas libremente; en la actualidad se dice que cada persona debe tener asegurado por el Estado el derecho a

> poseer una conexión a Internet. El derecho al libre acceso a internet tan solo se profesaba como una aspiración muy distante: países como Francia y Finlandia comenzaron a darle auge a la idea de que todos los seres humanos por el hecho de serlo, tienen el derecho a acceder a la conexión del espacio virtual más importante de la historia de la humanidad (Acata 2011).

El internet puede considerarse un derecho con base en los antes dicho, derecho que puede ser autónomo, o por el contrario el carácter de derecho lo adquiere por conexidad, este último cuando quiera que por su no prestación se afectan derechos fundamentales, como la educación, la salud y el acceso a la justicia entre otros.

Cualquiera que sea el punto de partida, si es autónomo o por conexidad, lo que queda claro es lo indiscutible de la categoría que ralamente tiene y se le debe dar al internet, éste es un derecho; ¿se puede decir que el internet es un nuevo derecho en la categoría de derechos que existen en la actualidad?, para nosotros no es un nuevo derecho a la luz de su materialidad, porque en la práctica de hecho muchos estados, gobiernos y organizaciones internacionales le dan este tratamiento, sin que se diga en una norma de manera expresa la palabra derecho, pero que de hecho lo es, no se hace necesario crear una cuarta categoría de derechos para darle vida jurídica a este derecho, ya que por si la tiene, el traslado de las relaciones sociales de la realidad material a la realidad virtual, hace que en ese nuevo escenario se permita tener por parte de las personas el campo necesario y adecuado para de manera libre, igualitaria, eficiente y eficaz acceder a la materialización de los derechos consagrados en la constitución o en otros instrumentos jurídicos de carácter local o internacional.

Ahora, si el internet es necesario para que las personas puedan realizarse en el mundo virtual y aun en el mundo material, entre otras cosas, gozar de los derechos en la virtualidad, este se debería considerar un servicio – derecho inherente al ser humano, necesario e inescindible para poder desarrollarse e interrelacionarse, lo que le da el carácter de derecho autónomo y base para la realización y efectividad de gran parte de los derechos consagrados en la constitución y en instrumentos internacionales.

El internet entendido en su doble connotación, como derecho y como servicio, debe garantizarse que todas las personas deben tener acceso a él, por ser una herramienta fundamental para la realización de distintas actividades de la vida social como lo indicamos anteriormente, lleva consigo una obligación por parte del estado, relativa a garantizar la infraestructura para permitir que los habitantes de todo el territorio colombiano de forma universal accedan en óptimas condiciones a este. De la anterior afirmación se puede colegir que es el internet un derecho de carácter prestacional, ya que para su ejercicio por parte de los titulares, se requiere de unas condiciones a cargo del

Estado o de particulares bajo la regulación y vigilancia del Estado, esto es, la instalación de toda la infraestructura necesaria para llevar cobertura a todos los territorios y la posibilidad de alternativas para aquellos que no tengan terminales de conexión, finalmente con la ayuda del gobierno puedan hacerlo.

4. Test de fundamentabilidad del internet.

De lo desarrollado anteriormente ha quedado claro la indiscutible categoría de derecho con que goza el internet; sin embrago, vale formularnos el interrogante sobre si ¿es el internet un derecho fundamental?

Llevar a la categoría de derecho fundamental al internet, es una de las discusiones que transitan en la doctrina actual, pensar este derecho como derecho fundamental autónomo o pensarlo como derecho fundamental por conexidad.

Esta discusión reviste importancia en la medida de la trascendencia que reviste el internet en el desarrollo de las distintas formas de relaciones sociales como lo afirmamos anteriormente, no puede hablar de ninguna manera de materialización de derechos en la realidad virtual sin el internet que al ser puesta a disposición de las personas adquiere el carácter de derecho y por ende derecho fundamental.

El internet como derecho se predica no solo en favor de las personas naturales; sino, también de las personas jurídicas; sin embargo, el nivel de protección cambiaria depende si estamos frente a una persona natural o estamos frente a una persona jurídica. Para nosotros en el caso de las personas naturales, el Estado debe garantizar la infraestructura que lleve cobertura a todas partes del territorio, terminales de acceso y formación o entrenamiento para dar habilidades (alfabetismo digital) a las personas, para que puedan acceder y sacar el mayor provecho al internet; en cambio, para las personas jurídicas, consideramos que el Estado solo debe garantizar la infraestructura que lleve cobertura, dejando claro que la carga de llevar internet de calidad a personas jurídicas donde se hace explotación de actividades privadas va hasta donde el estado pueda extender la cobertura, que debe ser objeto de determinación por criterios técnicos y allí la persona jurídica hacer los esfuerzos en extender o mejorar la cobertura, para atender de mejor manera su necesidad con base en la actividad económica o de otra índole legal que realiza.

Para la corte constitucional colombiana, los derechos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 o que se encuentran en otros instrumentos, pero que hacen parte de estos en razón al concepto de constitución material, son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana, en razón al simple hecho de ser persona, son los necesarios

para la existencia del hombre y para que este pueda desarrollarse, las personas desde su nacimiento ya cuentan con estos y el deber del estado de garantizarlos; de allí que los derechos fundamentales sean los derechos inherentes al ser humano, los inescindibles, que se adquieren desde el mismo momento del nacimiento. Por eso para la corte Constitucional la determinación de un derecho como fundamental o no, no depende de la ubicación en el texto constitucional, sino, de la relación de este derecho con la existencia y realización misma de la persona humana (Cconst. Sentencia T - 571 1992).

Por lo anterior para el máximo órgano constitucional en Colombia, la fundamentabilidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares de este y en el caso específico, en que deba realizarse la protección (Cconst. Sentencia T - 571 1992).

Lo anterior nos lleva hacer las siguientes preguntas en búsqueda de respuestas: ¿esta el internet en la constitución como derecho fundamental?: la respuesta a este es no, este derecho no se encuentra en la lista de derechos constitucionales que se relacionan en la constitución política de Colombia de 199; ¿es el internet hoy necesario para el desarrollo de la persona, para su relacionamiento social y ejercicio de derecho?: la respuesta es si, la realidad social de hoy, nos muestra como muchas, por no decir todas las formas de relacionamiento social, han pasado de la realidad material a la realidad virtual, y es allí en la realidad virtual donde en muchas oportunidades se tiene la única opción de acceder a derechos, servicios y desarrollar el plan de vida de las personas, por ello, el internet hoy es no solo necesario; sino, indispensable en la vida humana. ¿se garantiza el internet hoy a una persona desde su nacimiento?: esta es una de las apuesta o deudas que tienen los gobiernos, ya hubo un intento fallido con la discusión del proyecto de ley Cámara 030 de 2020, donde en esta iniciativa se hablaba de establecer un mínimo vital de acceso a internet como la cantidad de que deberá garantizar el estado a toda persona, espacialmente de los estratos 1, 2, y 3 para el acceso a las TICs con el objeto de satisfacer necesidades básicas, materializar sus derechos, hacer tramites y acceder a servicios, por medio del internet, dicha iniciativa que finalmente no pasó en el congreso y que se convierte en una deuda del Estado, buscaba no solo dotar de infraestructura los territorios, sino, llevar también opciones de ingreso a la red con terminales dispuestos por el estado y un proceso de formación permanente para que existirá una apropiación social en el uso del internet.

Lo dicho hasta aquí deja claro que nos encontramos ante un derecho de carácter fundamental en construcción, que impone una carga de garantía a

cargo del estado, independientemente que este se encuentre o no en el texto de la constitución.}

La fundamentabilidad de un derecho puede dársele por entidad propia o por conexidad, la primera por las razones antes expuestas, cuando este es inherente por si solo para la existencia y la realización de la persona humana; y por conexidad son aquellos que no siendo determinados como tales de manera formal en el texto constitucional, o de manera material en otro texto legal, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos que si tienen el carácter de fundamental, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos.

A nuestro criterio el operador judicial o autoridades administrativas no tienen necesidad de apelar a la conexidad para la protección del derecho al internet, ya que este tiene entidad propia, es un derecho fundamental de carácter autónomo, inherente a la persona para su desenvolvimiento social, para la interacción social, para acceder a servicios, para poder solicitar la garantía de otros derechos y para desarrollarse como persona en una nueva sociedad basada en la tecnología.

Para la corte constitucional en sentencia del año 2000, existen dos criterios para determinar si un derecho es de carácter constitucional fundamental: a. un criterio material y b. un criterio formal (CConst. Sentencia T - 1306 del 2000).

a. El criterio material.

Lo primero que se debe buscar establecer es si estamos frente a un derecho inherente a la persona humana, un derecho esencial a la existencia de la persona. Los derechos fundamentales se predicante en relación de la persona humana; y en el caso del internet, este es un derecho que ante las nuevas realidades sociales en la era de la tecnología, donde nace un nuevo mundo de relacionamiento social, el mundo virtual, este se ha convertido en inherente a la persona humana, su acceso y goce son esenciales para el desarrollo de la persona humana, pero también para la realización de otros derechos, no puede pensarse el internet como un derecho aislado, debe pensarse en el como un derecho que su garantía garantiza otros derechos, es parte importante de un sistema de derechos, que buscan el desarrollo y protección de la persona humana.

El internet así entendido desde el criterio material, es un derecho y es un deber, es un derecho fundamental de las personas naturales, en las condiciones que venimos desarrollando e impone un deber de garantía al estado de posibilitar las condiciones para que todos en igualdad de

condiciones, de manera eficiente y eficaz podamos acceder a éste.

b. El criterio formal.

Se refiere a este que el derecho que se estudia para determinar si es fundamental, debe estar en el catálogo de derechos considerados así en el texto constitucional; ahora, el hecho que en el texto constitucional no se encuentre de manera expresa o tácita un derecho no conlleva a su negación, pues, puede éste estar concebido en otro instrumento jurídico que contenga dicha norma que se constituye materialmente en norma constitucional, al respecto el artículo 94 de la carta política determina que:

> "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos"

esta consagración constitucional deja claro que no todos los derechos fundamentales se encuentran contenidos en el texto constitucional, que pueden existir normas de inferior categoría que traigan el reconocimiento de derechos materialmente constitucional, como es el caso del internet.

Al respecto la jurisprudencia de la corte constitucional, indica que la noción de derechos fundamentales se ha consolidado a partir de cuatro puntos de vista, o cuatro criterios que deben tenerse en cuenta y valorarse así: A. A partir de una construcción tradicional de los derechos que se deriva de los principios de indivisibilidad, integralidad y universalidad, los cuales ordenan la protección igualitaria de todos los derechos que sean necesarios para preservar la dignidad humana. B. De la relación de la dignidad humana como valor y como principio, lo que implica una relación con el principio de igualdad, libertad y autonomía, los cuales tienen como propósito velar por la eficacia de todos aquellos derechos constitucionales como fundamentales. C. Desde una teoría positivista, por medio de la cual se entiende como derecho fundamental, toda garantía prevista en el texto constitucional. D. A partir de la teoría de la conexidad, "según la cual se permite el amparo de derechos no tutelables judicialmente, en principio, siempre y cuando su protección se requiera para la reivindicación de un derecho con carácter indiscutiblemente fundamental" (Cconst. Sentencia T - 095 2016), cada uno de estos cuatro puntos de vista o exigencias, se materializan en el internet, pues, la ley 1978 de 2019, modificada parcialmente por la ley 2108 de 2021, determinó que este servicio que se convierte en derecho denominándolo como **derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC**[2], quedando claro que el internet es solo uno de los componentes de este derecho de carácter complejo; igualmente, queda clara la relación directa y

necesaria entre este y la dignidad humana, ya que muchos derechos y su realización dependen en gran medida del internet, lo que se constituye en un derecho base e interdependiente de los demás, por lo que puede ser reclamado por vía de acción de tutela, como derecho autónomo o por conexidad cuando quiera que sea amenazado un derecho también de carácter fundamental como lo es, la educación y la salud; dejamos claro con lo anterior, que el internet debe considerarse un derecho fundamental de carácter autónomo, con entidad propia y que merece la protección por parte del Estado.

Ahora miremos si el internet cumple con esos cuatro condicionamientos para determinar si nos encontramos frente a un derecho fundamental, A. el internet como derecho es indivisible, porque este en la nueva sociedad basada en la tecnología es inherente a la persona, ya que tal como ampliamente lo hemos dicho, este está directamente relacionado con la materialización de otros derechos, este derecho (internet) es interdependiente con otros derechos como la educación, la salud, el nombre, derecho a la información entre otros, garantizar el derecho fundamental al internet ha de ser un condicionamiento para preservar el derecho a la dignidad humana; además de ser el internet un derecho de carácter universal, la misma ley que lo regula así lo establece. B. Este derecho está íntimamente ligado con la dignidad humana, desde allí que le asiste una tarea inevitable al estado de establecer el mínimo vital de internet, para que toda persona por el simple hecho de serlo, tenga en condiciones de igualdad la posibilidad de accesar a la realidad virtual y en esta interactuar con libertad y autonomía, sin que se violente las reglas del buen nombre, libertad de expresión o se incurra en conductas reprochadas por la legislación local. C. Si bien esta garantía no se encuentra en el texto constitucional, se encuentra en otros instrumentos que contienen normas de contenido constitucional y que han sido desarrollado en sentencias de la corte constitucional; además de ello, en instrumentos o sistemas internacionales en la cual Colombia hace parte como el sistema

2 Articulo 3º lay 1978 de 2019, inciso 7. El derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC. En desarrollo de los artículos 16, 20 y 67 de la Constitución Política el Estado propiciará a todo colombiano el derecho al acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas, que permitan el ejercicio pleno de los siguientes derechos: La libertad de expresión y de difundir su pensamiento y opiniones, el libre desarrollo de la personalidad, la de informar y recibir información veraz e imparcial, la educación y el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. Adicionalmente, el Estado establecerá programas para que la población pobre y vulnerable incluyendo a la población de 45 años en adelante, que no tengan ingresos fijos, así como la población rural, tengan acceso y uso a las plataformas de comunicación, en especial de Internet, así como la promoción de servicios TIC comunitarios, que permitan la contribución desde la ciudadanía y las comunidades al cierre de la brecha digital, la remoción de barreras a los usos innovadores y la promoción de contenidos de interés público y de educación integral. La promoción del acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas se hará con pleno respeto del libre desarrollo de las comunidades indígenas, afrocolombianas, palenqueras, raizales y Rrom.

interamericano de derechos humanos, se ha establecido éste como derecho humano, dada la importancia que reviste el internet en las nuevas relaciones sociales, en la nueva sociedad, donde las relaciones sociales a todo nivel se desarrollan en la virtualidad. D. Y como último que este sea tutelable judicialmente, porque lo es de manera autónoma, ya que no protegerlo pone en riesgo o conculca otros derechos de carácter fundamental. Como se indicó anteriormente, el derecho al internet es interdependiente con otros derechos.

Visto los condicionamientos traídos por el máximo órgano constitucional en Colombia, indudablemente al hablar del internet, nos encontramos con un derecho que cumple con los elementos formales y materiales, desarrolladas en los cuatro criterios antes desarrollados que dejan claro que el internet es un derecho fundamental de carácter autónomo, derecho este que es de carácter prestacional, ya que este requiere para su efectividad que el estado realice las inversiones necesarias en la infraestructura para generar cobertura en todos los rincones del territorio.

En relación con los derechos de carácter prestacional, la corte constitucional ha dicho que por regla general, son derechos programáticos, debido a que estos exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo (Cconst. Sentencia T - 207 de 1995).

La Carta de Derechos y Principios para el Internet de Naciones Unidas, es categórica y conclusiva al afirmar que:

> "toda persona tiene derecho a acceder a Internet. En este derecho se basan todos los demás derechos en esta Carta. El acceso a Internet es cada vez más indispensable para el pleno disfrute de los Derechos Humanos, incluido el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de reunión pacífica y asociación, el derecho a participar en el gobierno de un país, el derecho al trabajo, el derecho al descanso y el ocio y el derecho a la educación. El derecho de acceso a Internet se deriva de su relación integral con todos estos Derechos Humanos" (Naciones Unidas 2015),

es el internet un derecho básico, si bien los derechos deben entenderse como un todo, en este caso, éste se constituye en un derecho fundamental de manera autónoma como ya se dijo, pero también fundamental para la realización de otros como lo afirma la carta de derechos y principios para el internet de la ONU citado anteriormente.

5. El derecho fundamental al internet y el proceso.

El internet entendido como lo desarrollamos anteriormente, resulta ser un derecho fundamental autónomo, un derecho fundamental de la categoría de los derechos prestacionales porque le impone una carga al estado de garantizar los medios y la infraestructura para que los habitantes de su

territorio puedan acceder a él o lo puedan materializar y que dicha materialización sea efectiva.

Lo anterior se refiere en términos concretos al acceso a la justicia, acceso que se logra a través de métodos ordinarios o como estábamos acostumbrados, con nuestra presencia física en los despachos judiciales y con el uso del papel para conformar los expedientes con base en nuestras actuaciones, situación que en la actualidad ha cambiado por la existencia ya, de expedientes electrónicos y actuaciones en línea.

A lo largo de la historia los procesos judiciales y con ello el derecho de acción se materializaba a través de métodos analógicos, con expedientes físicos, acceso físico a los despachos judiciales; sin embargo, en la actualidad con el amplio desarrollo e influencia que ha logrado el internet y los medios digitales, no existe una sola actividad humana que se pueda concebir sin el uso de las TICs. Lo anterior también permea el proceso que dejaría de ser un proceso físico, con actuaciones en físico, a un expediente digital, con actuaciones y desarrollo del proceso a través de medios digitales, de allí la importancia de este derecho fundamental al internet, porque se constituye en un derecho base para la realización de otros, hoy no puede concebirse el proceso sin el internet como derecho (canal) para su desarrollo y claro es en la doctrina que el proceso es el escenario donde quien considera se le ha violentado o amenazado un derecho busca su protección o restablecimiento.

Lo anterior guarda total coherencia con los planes del consejo superior de la judicatura que viene trabajando en dar un salto del expediente físico a un expediente digital y lógico con actuaciones de este por estos mismos medios, por ello con el Acuerdo PCSJA20-11646 de 2020 en el marco del Plan de Justicia Digital, ordena una serie de acciones y distribución de recursos con el objeto que se avance en dicho propósito.

Lo anterior deja claro de la relación inescindible entre acción, proceso y el derecho fundamental al internet, los dos primeros hacen uso de este mismos como soporte, como base para su desarrollo y materialización.

Conclusiones

Las TICs entendidas como un sinnúmero de herramientas que han logrado gran auge y desarrollo en los últimos 20 años, y que son el centro de la denominada 4ta revolución industrial, trae consigo una herramienta, tecnología o servicio, que es de inescindible importancia, es el centro para que las TICs puedan moverse y desarrollarse, esa es el internet, a través de este se da vida a la virtualidad, al uso y disposición de los canales virtuales, para la oferta y adquisición de servicios; además, de desarrollar distintas formas de

relacionamiento social, que trascienden del mundo material, al mundo virtual. El internet, ha ganado tanto espacio en la vida social, que como centro de las TICs ya distintas legislaciones le han venido dando el carácter de derecho, en algunos le dan la categoría de derecho fundamental autónomo y en otros el carácter de derecho fundamental por conexidad, partiendo que en ambos casos se trata de un derecho de carácter prestacional.

Adicional a lo anterior legislaciones como la colombiana le da la categoría de servicio público esencial, adicional a considerarlo derecho como se lee de manera clara en el artículo 3º de la ley 1978 de 2019, en todo caso, consideramos que el internet, debe considerarse como derecho fundamental de carácter prestacional, es deber del Estado garantizar a toda persona desde su nacimiento un mínimo vital y móvil de internet, mediante el proyecto de ley Cámara Nº 030 de 2020, se buscó garantizar un mínimo vital de acceso y uso a internet para los colombianos desde sus residencias y entidades públicas, con lo que de haber sido aprobado en el congreso de la república, se había podido materializar a los ciudadanos el derecho al acceso a los trámites y servicios del estado y de entidades privadas, avanzar en la generación de aptitudes digitales en los ciudadanos, fomentando la calidad para maximizar el bienestar social de la población en un marco de igualdad que posibilite el desarrollo, en el artículo 2º de este proyecto de ley se definía el mínimo vital de internet *como la cantidad de señal mínima de consumo por redes inalámbricas, línea telefónica o conmutada, red digital, telefonía móvil, satelital, fibra óptica o coaxial, o similares utilizada en un mes por una familia para satisfacer necesidades básicas como el eficiente acceso a la información, la comunicación, el conocimiento, la interconexión y el trámite de servicios a través de la internet.* Para materializar lo anterior a las personas de los estratos 1,2 y 3, el espíritu de dicho proyecto de ley establecía que se le debería garantizar: 1. Conectividad a una red. 2. Suficiente Velocidad (kilobytes), capacidad (GB) y latencia (milisegundos-ms), para el desarrollo de actividades ciudadanas de información, expresión, comunicación, cultura, educación, teletrabajo y trámite de servicios. 3. Acceso a un dispositivo o terminal que les permita a los beneficiarios conectarse a la red. 4. Disponibilidad de procesos de formación que les permitan a las personas la apropiación social de las TIC (Cámara de Representantes 2020), pero, sin embargo, este no paso en las discusiones desarrolladas en el congreso de la república.

El reconocimiento y la garantía del derecho al internet (TICs) de todas las personas, hace parte del núcleo del derecho a la dignidad humana, el acceso a las redes y desde allí la relación y realización de derechos es connatural al hombre del siglo XXI, por eso las legislaciones deberán avanzar cada día más en la protección de este derecho, llamada también la cuarta generación de derechos y con ello proteger de manera integral a las personas naturales.

Es indudable concluir que el internet es un derecho fundamental autónomo, esto con base en los criterios establecidos por la Corte constitucional para determina si un derecho reviste la calidad de fundamental, entre ellos, que se trate de un derecho que cumpla con los principios de indivisibilidad, integralidad y universalidad, que haya una relación estrecha entre el derecho que se invoca como fundamental y la dignidad humana como valor y como principio, que este esté reconocido como tal en la constitución, entendida esta como constitución formal y también material, y por ultimo que exista una conexidad, "según la cual se permite el amparo de derechos no tutelables judicialmente, siempre y cuando su protección se requiera para la reivindicación derecho con carácter indiscutiblemente fundamental"

Finalmente, el proceso y su desarrollo en la actualidad no puede concebirse sin el internet, este último como base para el uso de los medios electrónicos, en razón a que cada una de las accione, actuaciones e impulsos que se dan al proceso, son permeados por la tendencia actual y que ya es una necesidad, relacionada con la digitalización del acceso a la justicia. La justicia y con ello el proceso deja de ser como de ordinario lo era analógica, para convertirse en virtual o digital, lo que conduce a que el proceso lleve la misma suerte, eso hace entendible con los planes que desarrolla la rama judicial colombiana, a través del Consejo Superior de la Judicatura, donde se han formulado una serie de estrategias para pasar del expediente físico, al expediente electrónico, de las actuaciones procesales en físico, a actuaciones procesales por medios electrónicos, del acceso a la justicia física, al acceso a la justicia por medios digitales, y es allí donde sin la garantía del derecho fundamental autónomo del internet, esto no sería posible lograr.

Referencias

OEA. 2011. «relatorías de libertad de expresión emiten declaración conjunta acerca de internet.» comunicado de prensa.
ONU - consejo de derechos humanos. 2016. «promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet.»

ONU - consejo de derechos humanos. 2012. «resumen de la mesa redonda del consejo de derechos humanos sobre la promoción y la protección de la libertad de expresión en internet.» informe anual.

Lanza, edinson. 2017. estandares para una internet libre, abierta e incluyente. OEA.
2006. «agenda de túnez para la sociedad de la información.» túnez.

Oliván, Raul. 2016. «la cuarta revolución industrial, un relato desde el materialismo cultural.» revista de estudios urbanos y ciencias sociales 101 - 111.

Pabon, liliana damaris. 2020. «biotecnólogia y derecho procesal en la cuarta revolución industrial.» en nuevas dinamicas del derecho procesal, de dimaro alexis agudelo. Medellin: Universidad de Medellin.

Landa, Cesar. 2018. «derecho fundamental al internet: contenido esencial.» pensar: revista de ciencias juridicas 23 (4): 1 - 22.
cconst. sentencia c-691. 2008. «sentencia c - 691.»

riofrio, juan carlos. 2014. «la cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales.» revista latinoamericana de derechos humanos 25 (i): 15 - 45.

acata, isaias jorge. 2011. «internet, un derecho de cuarta generación.» misión jurídica 4 (4): 37 - 58.
cconst. sentencia t - 571. 1992.

castillo, zarate. 1993. «teoria de los derechos fundamentales.» revista mexicana de derechos constitucional 607.
cconst. sentencia t - 095. 2016.

cámara de representantes. 2020. «informe de ponencia para primer debate del proyecto de ley n°030 de 2020 "por medio del cual se crea el mínimo vital de internet y se dictan otras disposiciones".» ponencia, bogotá.

cconst. sentencia t - 1306 del. 2000.

cconst. sentencia t - 207 de . 1995.

boletin oficial de argentina. 2020. «drecreto nº 690 de .»

Gobierno de mexico. 1917. «constitucion de los estados unidos mexicanos.»

Naciones Unidas. 2015. «carta de derechos y prinicpios para el internet.» un internet governance forum. enero. último acceso: 24 de febero de 2022. **https://derechoseninternet.com/docs/irpc_carta_derechos_humanos_internet.pdf.**

Leyes y Decretos

Colombia.
ley 1341 de 2009.
ley 1978 de 2019
ley 1564 de 2012.
decreto 806 de 2020
ley 2108 de 2021
ley 2080 de 2021

México
Constitución de los Estados Mexicanos.

Argentina.
Decreto nº 690 de 2020

La crisis de la ley procesal en Ecuador a partir de la teoría de la racionalidad de Michele Taruffo.

Johnny Palacios [1]
Ana Gabriela Pozo [2]
Magdalia Hermoza [3]

Resumen: El enfoque de investigación del presente artículo marca una metodología cualitativa, es el resultado del análisis crítico de la obra "Racionalidad y crisis de la ley procesal" Taruffo (1999) en relación al caso ecuatoriano; y, pretende resolver a través del método analítico crítico, la siguiente interrogante: ¿La doctrina como fuente del Derecho puede ayudar a solucionar la crisis de la ley procesal? La construcción de la ley procesal a lo largo de los años ha recibido críticas de coherencia y funcionalidad, pero lo importante de todo ello es que la experiencia histórica nos ha enseñado que la doctrina ha entregado soluciones a los diferentes problemas de orden procesal. En el Ecuador, las dificultades que se han dado por repetición de tópicos y tropiezos deberían ser superadas por la experiencia en el derecho comparado; pero, no ha sido posible porque esta experiencia guarda el contexto social propio de cada país y, después, el desarrollo de la ley procesal encuentra una división perjudicial desde la vigencia del Código Tipo Modelo para Iberoamérica. Este trabajo tiene por objeto que, a partir de la teoría de la racionalidad propuesta por el profesor Taruffo, observar varios aspectos de valoración judicial, considerados como crisis en nuestro proceso civil por la creación de normas y su diversa y libre interpretación que ha dejado el moderno proceso civil. Para ello, el artículo se aborda desde cuatro puntos fundamentales: Trataremos en primer lugar, las características del nuevo Código Procesal, posteriormente observar los problemas de la ley procesal, para luego explicar los motivos de la crisis y las posibles soluciones. Dentro de las conclusiones planteadas se evidencia: A partir de la teoría de la racionalidad (Taruffo, 1999) en el Ecuador existen problemas de la ley procesal que inciden en la valoración judicial, y que puede existir crisis de la ley procesal de la normativa interna.

Palabras clave: Derecho procesal, teoría de la racionalidad, oralidad, crisis de la ley procesal.

1 Función Judicial - Juez de la Unidad Multicompetente Civil del cantón Ibarra
2 Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra, Escuela de Jurisprudencia Docente Investigadora.
3 UPV-Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra, Docente Investigadora- Integrante del Grupo de Investigación DEHUCS, Escuela de Jurisprudencia.
Autor para correspondencia: jhonnypalaciossoria@hotmail.com

The crisis of procedural law in Ecuador from Michele Taruffo's theory of rationality.

Johnny Palacios
Ana Gabriela Pozo
Magdalia Hermoza

Abstrac: The research approach of this article marks a qualitative methodology "Rationality and crisis of procedural law" Taruffo (1999) in relation to the Ecuadorian case; And, it intends to solve the following question through the synthetic analytical method: Can doctrine as a source of Law help to solve the crisis of procedural law? The construction of procedural law over the years has received criticism of coherence and functionality, but the important thing about all this is that historical experience has taught us that the doctrine has provided solutions to different procedural problems. In Ecuador, the difficulties that have arisen due to the repetition of clichés and setbacks should be overcome by experience in comparative law; However, it has not been possible because this experience keeps the social context of each country and, later, the development of the procedural law finds a harmful division since the validity of the Model Code for Ibero-America. The purpose of this work is that, based on the theory of rationality proposed by Professor Taruffo, to observe various aspects of judicial evaluation, considered as crises in our civil process due to the creation of norms and their diverse and free interpretation left by the modern civil process. To do this, the article is approached from four fundamental points: We will first deal with the characteristics of the new Procedural Code, then look at the problems of procedural law, and then explain the reasons for the crisis and possible solutions. Among the conclusions raised, it is evident: From the theory of rationality (Taruffo, 1999) in Ecuador there are problems of procedural law that affect judicial assessment, and that there may be a crisis of the procedural law of internal regulations.

Key words: procedural law, theory of rationality, orality, crisis of procedural law.

Introducción

Para poder abordar la oralidad como herramienta procesal que rige en el sistema procesal de Ecuador, es necesario, en palabras de Francesco Carnelutti, hablar del derecho como un mínimum histórico (Carnelutti, 1944), en este caso, nuestro país tiene la influencia Iberoamericana. Esta influencia nace de las varias jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que es fundado, por 1957 en Montevideo, en lo que denominaron Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, en homenaje al profesor Eduardo J. Couture. A partir de estas jornadas, el estudio y debate del derecho procesal, funda e incorpora las ideas de garantías constitucionales en el proceso, el proceso como regla de la moral, la cooperación comparada, ejecución de sentencias extranjeras y laudos arbitrales, la perspectiva e idea de la incorporación de la oralidad y sus reformas internas. Dentro de estos debates, se hace la división del derecho procesal penal y del derecho procesal civil e inicia la idea y posterior promulgación del Código Tipo Modelo para Iberoamérica, (Gelsi, Véscovi, & Torello, 1988) siendo considerado como la base del desarrollo del derecho procesal en América Latina.

En el Ecuador, al igual que otros países de Iberoamérica, iniciaron las reformas del derecho procesal en materias penales, dejando a las materias no penales en el sistema escriturario, bajo una larga espera por más de veinte años, pero que finalmente fue derogado no más de cinco años atrás y en la actualidad rige el proceso oral por audiencias.

Con esta reforma, bajo los criterios de modernización de la justicia, se toma las referencias del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en cuanto considerar que el derecho no debe constituir un obstáculo para el logro de la justicia y paz social, sino un instrumento para la consolidación del estado de bienestar.

Si bien es cierto que la última reforma del sistema procesal toma como dirección exclusiva la oralidad, inmediación, concentración y coherencia en los procedimientos, que, en palabras de Couture, la redacción de un código no constituye ser una obra académica sino una obra política, ya que lo que se pretende es solucionar los problemas de la realidad social de cada país. (Couture, Proyecto del Código de Procedimiento Civil, 1945) Esto, ya que no es menos cierto que, de acuerdo con el debate del profesor, (Taruffo, 1999) al hablar de la coherencia de la ley procesal, bien puede tener una estructura sistemática y un orden aparente, nuestro actual Código Procesal, pero existen problemas de interpretación que le restan la eficacia y modernidad que contiene.

Por ello, a partir de la teoría de la racionalidad, de acuerdo con la

coherencia y los parámetros o propiedades que cita dicho autor, vamos a observar los problemas o crisis de la actual ley procesal bajo las nociones de racionalidad en los sentidos de racionalidad de coherencia, en cuanto el orden, la unidad, la plenitud y la simplicidad, además de la racionalidad como funcionalidad, para concluir que la crisis de la ley procesal, no es extraña en nuestra legislación civil.

2. Las características del Código Procesal civil en Ecuador

A lo largo de los años el derecho procesal civil en Ecuador ha sufrido varias codificaciones, pero su nacimiento tuvo como base la promulgación del primer Código Procesal en 1967. Para esto, se tuvo como origen el proceso indiano que fue impartido por el Reino de España a sus colonias, sin que por los años tampoco se haya acogido la modernización planteada en la Revolución Francesa.

Así pues, los cambios no llegan sino a partir de la independencia de las colonias y, posteriormente, por el influjo de las ideas francesas del Siglo XIX, siendo así que la primera parte de reforma la podríamos considerar desde la separación de las colonias de España, claro que la separación fue solamente física ya que se continuó con la solemnidad y el principio escriturario, características heredadas del derecho español. A medida que se debatía el derecho procesal también ingresaron las reformas en las varias constituciones ecuatorianas promulgadas en los años, quizá esta inestabilidad política y la idea de efectuar reformas permanentemente fuera una de las causas de que permaneciera por largos años el sistema escriturario en el derecho procesal civil.

Así pues, no es sino con la Constitución de 1998, donde se dispuso o al menos se pensó que en el procedimiento civil debe implementarse una estructura distinta e ingresar al procedimiento oral, pero quedó tan solo en un pensamiento. No obstante, el largo periodo de tiempo, en el año 2016 ingresa a vigencia el sistema oral por audiencias, con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos, para lo que se tomó como referencia, el Código Tipo Modelo para Iberoamérica, que observó la necesidad de darle efectividad al proceso, adecuándolo a la realidad social y con proyección hacia el futuro, mediante la implementación de la oralidad y el proceso por audiencias.

Los cambios que el nuevo código procesal trae a partir de su vigencia son varios, considerados, para algunos, como de estructura y, para otros, como de organización. A la vista, este considera ser coherente e instrumental y tiene una estructura adecuada para los fines de la administración de justicia. Por esta razón, se piensa que esta idea es correcta ya que el anterior código procesal que

regulaba el sistema escrito se incorporaron muchas reformas que, con los años, no le dieron una estructura organizada, más bien degeneraron en una pluralidad de trámites con la posibilidad de interponer recursos e incidentes que, en lugar de acercar a la decisión de fondo, alejaban al usuario de su anhelo de justicia.

Con esta reforma y con base en estos criterios de coherencia e instrumentalidad, que no estábamos acostumbrados, lo que pretende la ley procesal es que la justicia en el Ecuador no solo se modernice, sino que, en primer lugar y de esencia, sea independiente e imparcial. Así también que sea equitativa y equilibrada, en cuanto a que su protección abarque tanto a los más débiles como los más poderosos, que sea capaz de resolver los conflictos de masas, de movimientos sociales, de comunidades, pueblos y nacionalidades, observando la diversidad que nacen de nuestro país, multicultural, haciendo realidad el derecho efectivo de acceso a la justicia que es vista por la (Corte Constitucional del Ecuador), como función del poder público[4] y como función de las partes [5]. Por otro lado, que las decisiones del poder público sean en términos razonables y sean además eficientes. Evidentemente, se humaniza el sistema procesal ya que pone de relieve los derechos de protección y las garantías del debido proceso en su máxima expresión.

De esta forma, podemos considerar que nuestro moderno sistema procesal, basado en la oralidad y por audiencias, tiene cuatro características que, a nuestro juicio, constituyen reunir todos los cambios de coherencia y estructuración. Por un lado, la primera característica sería uno de los cambios sustanciales: la implementación del juicio oral por audiencias. Una característica diferenciadora del sistema tradicional anterior en el que toda actividad procesal era eminentemente escrita y trasladada a la contraparte, en una suerte de envío de misivas y periodos extensos que no cumplían con el cometido de la justicia rápida y oportuna.

4 La Corte Constitucional del Ecuador mediante Sentencia No. 108-15-SEP-CC, Caso Nro. 0672-10-EP, hace mención que el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva son garantías de un debido proceso, así cita: "Acceso a la justicia tiene relación con el derecho a la tutela judicial efectiva: De esta forma, la tutela judicial efectiva es el derecho que garantiza a las personas el acceso a la justicia, sin que su pleno ejercicio se agote únicamente en la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, pues implica también la obligación que tiene el operador de ser imparcial, respetar la inmediación, celeridad, se debe observa que no se puede quedar en ningún caso en indefensión."

5 Cuando hablamos de función de las partes ingresamos a la responsabilidad de la defensa técnica que ya en este nuevo contexto procesal ingresa con más fuerza, si bien el Estado debe proteger a las partes de no quedar en indefensión, pero las partes pueden escoger su defensor técnico a su elección, esto genera responsabilidad en las partes del proceso, con el fin de que estos derechos sean realmente protegidos. Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-18-PJO-CC, Caso No. 0421-14-JH. Sentencia No. 1784-12-EP/20, Caso No. 1784-12-EP.

La nueva propuesta consiste en concentrar el mayor número de fases procesales en una audiencia oral, además, el menor tipo de procedimientos. Bajo esta característica, se ingresa al sentido de protección, en donde los juicios orales garantizan a la sociedad la claridad de las decisiones judiciales ya que involucran de manera directa a la misma sociedad, a los litigantes, a los administradores de justicia y las pruebas, así, cada argumento es presentado frente al auditorio, por esta razón se determina que los juicios orales son un medio importante y esencial del sistema judicial.

Asimismo, la oralidad en el ámbito judicial se estructura no como fin, sino como un instrumento de que el Estado dispone para la administración de justicia, en el cual el principio de oralidad es entendido no como discusión oral en audiencia, sino la sustitución de la expresión de los actos procesales escritos por los actos procesales orales. A partir del siglo XX la oralidad en el proceso penal y no penal ha sido regulada por muchos países desde la misma primacía de los intereses públicos y los individuales; pero en el siglo XXI se trata de la regulación del proceso oral por audiencias como una garantía de los derechos de los seres humanos.

Es ahí donde se configura el derecho procesal contemporáneo, ya que se constitucionaliza la oralidad [6] y se establece como base, derecho y garantía fundamental, consignados también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos [7] y Pacto de Nueva York. [8] Esta decisión de aplicar, en el sistema procesal, un proceso oral por audiencias [9] tiene la necesidad de nuevos formatos de organización y es en este punto donde nacen las teorías que ayudan a esta construcción, desenvolvimiento y manifestación oral, bajo estrategias de defensa, defensa técnica adecuada, estrategias de litigación oral, teorías del delito, de la prueba y del caso, como desarrollo de las defensas y argumentación jurídica; además del inicio del debate de la teoría de la proposición como construcción del proceso civil incorporada a la estrategia de defensa en materias no penales.

6 Art. 168 de la Constitución de la República del Ecuador "La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo."

7 Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...]."

8 Art. 14 del Pacto de New York "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. [...]."

9 Art. 4 del Código Orgánico General de Procesos Proceso oral por audiencias. "La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito…"

Con base en el desarrollo que se ha dado, la oralidad es básicamente vista como un principio constitucional y principio técnico. Como principio constitucional se manifiesta que es el medio más exacto de expresión de las partes expuestas como realidades fundadas en sus garantías, establecidas ante el juez natural, defensa técnica adecuada, la inmediación de las pruebas aportadas que deben tener la garantía de la contradicción, los procedimientos públicos bajo el control social, las presunciones de inocencia, igualdad de condiciones, la imparcialidad del juez y, actualmente sobremanera la fundamentación y argumentación jurídicas basadas en las garantías de protección. Los juzgadores, siguiendo estos principios, se obligan acudir a la equidad, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho, ya que su función creativa asume que el fin del discurso jurídico es lo justo. Es por ello que se habla de que, cuando se trata de resolver un conflicto, se trata de ponderar derechos, ejercicio intelectual del juzgador en el cual no se razona desde la lógica deductiva, silogística, comprendida como la subsunción, sino que se evalúan los derechos, principios, valores conforme al espíritu mismo del sistema jurídico (Cano, 2016). Estos elementos son los considerados en la oralidad como principio constitucional.

De la misma forma, al hablar de la oralidad como principio técnico, ingresan al juego las técnicas de litigación estratégica, la forma de estructurar la teoría del caso —desarrollada ampliamente en materias penales— y la teoría de la proposición —debatida actualmente en materias no penales— como el medio más exacto de expresión de la realidad de los hechos, pues ingresan ya los debates en los que se enfrentan la construcción de los hechos, tesis o antítesis, el discurso jurídico racional, que se compone como el modelo de argumentación según los derechos consagrados en las cartas magnas.

Todos estos elementos han supuesto superar al positivismo desde el que se pensaba que el derecho solo estaba en la ley, entregando de esta forma la importancia de la oralidad como función social del derecho (Cano, 2016). Claro que el uso inadecuado del lenguaje, en las audiencias orales, genera la necesidad de estudiar debidamente las técnicas de litigación bajo una estructura teórica y tesis dialéctica probatoria adecuada para los hechos que genera el proceso. Esta oralidad no puede y no debe ser entendida como una discusión oral, si bien estamos en un sistema mixto. Establecida como oralidad atenuada (Chiovenda, 1999) por la parte escrita considerada como formalidad, esta genera que los juzgadores sean más partícipes y los defensores sean más preparados para el debate teórico oral.

Es por esto que, la reforma procesal representa un cambio jurídico paradigmático, ya que, por un lado, se visualiza el principio constitucional, en el que se incorporan los derechos expuestos en los tratados y convenios

internacionales sobre derechos humanos en el ámbito procesal y, por otro, el técnico que obliga al discurso teórico práctico y al planteamiento de hipótesis basadas en la argumentación e interpretación del debate dialéctico.

> Todo esto refleja, en el cambio del sistema procesal denominado oral por audiencias, que, en nuestro sistema vigente, al igual que en el resto de Iberoamérica, la oralidad se encuentra atenuada, convirtiéndose en mixto el proceso ya que se le da un valor importante a la parte documental y con ello a una parte escrita dentro del proceso. Se suman también a la forma de litigar que se dan modificaciones a la estructuración del sistema de competencias, lo que se cristaliza en la observación constitucional del debate por los juzgadores y la preparación técnica de quienes plantean una tesis y los que refutan contraargumentando la misma, considerados ahora como defensa técnica adecuada como otra garantía más del acceso a la justicia. Es entonces que se observa que la reforma se da en la modificación de las lógicas escritas por las lógicas prácticas que descansan en la oralidad como el motor del sistema mismo del proceso oral por audiencias. (López H. , 1997)

Es, de esta forma, como el sistema oral, en tanto principal fuente de comunicación en los procesos, está construido por principios de garantía inherentes al mismo sistema como son: la inmediación, la sana crítica, el juez natural y actividad de dirección, la fundación congruente con los hechos y principios propios del sistema adversarial. Esta dinámica del proceso obliga a los abogados litigantes a ordenar y planificar su actividad, para la que pueden incrementarse innovaciones procesales en relación a la inmediación en la prueba, la concentración de los actos, la publicidad, así como erradicar la improvisación. De lo contrario se estaría llamando al fracaso de la pretensión, así como a violentar el derecho de acceso a la justicia.

Es por esta razón que lo anterior resulta imprescindible para obtener la calidad de la justicia, eficiencia y oportunidad de este sistema, en el que juega un papel importante la correcta planificación y orientación que debe ser asumida por los patrocinadores que se enfrentan en la causa, ingresar a la construcción, planificación y formulación de la teoría del caso —en materias penales— y de igual circunstancia con la teoría de la proposición —en materias no penales—, contar cada uno con una versión o hechos que convenzan al juzgador por la fuerza de sus argumentos.

Ante todo, lo cierto es que las corrientes Latinoamericanas dan la importancia del derecho procesal, como nos explica (Echandía H. , 1985), ser extraordinaria, pues por una parte regula el ejercicio de la soberanía estatal representada por la función judicial, al momento de administrar justicia a las personas naturales o jurídicas, sus relaciones entre sí. Por otro lado, establece el conjunto de principios y derechos que encauza y garantiza hacer efectiva la acción de la sociedad para proteger su vida, dignidad, libertad, patrimonio y sus derechos de toda clase frente a terceros, al Estado, el Estado contra terceros y viceversa.

Es pues, por el nacimiento del derecho procesal, que el estado puede obtener y garantizar la armonía y paz social. En definitiva, el fin del derecho procesal es garantizar la tutela del orden jurídico y por tanto la armonía y la paz social mediante la realización del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado a través de sus jueces, quienes, al ser especializados en determinadas materias, cumplen el rol de reguladores del ejercicio ciudadano ante la función judicial, por medio de procedimientos legítimos establecidos en las normativas legales a fin de que sean esos procedimientos los que guíen la garantía del ejercicio del derecho, (Couture, 1985) de ahí que se habla de los nuevos poderes del juzgador.

Asimismo, al hablar del sistema procesal contemporáneo se hace alusión a la aplicación en el proceso los valores de verdad y justicia porque, a pesar de que se genere el debate de que en el proceso no le interesa la verdad, las partes, sin ignorar la realidad social que envuelve a las mismas, no pueden ocultar los hechos. El derecho procesal que se desarrolla en esta época tiene una nueva virtud, la de no solo apropiar de una actitud teorética y contemplativa, sino sobre manera más práctica, para de esta forma orientar la revisión de las decisiones judiciales para que la producción judicial sea más efectiva y además de ello, bajo el rol del juzgador, aplicar la judicialización de los derechos establecidos tanto en tratados, convenios como en la misma Constitución.

Este sistema establece facultades, obligaciones, deberes y cargas procesales, pero sobre la base de los derechos y garantías que favorece nuestra constitución. En las facultades podemos ver que en este sistema se encuentra ampliado el ejercicio del juzgador y la dirección del proceso. Las obligaciones y deberes se establecen sobre los beneficiarios —usuario de la administración de justicia— como son la sociedad, por intermedio de los abogados defensores, a la forma de acceso a la justicia. Los deberes, a su vez, surgen como consecuencia del ejercicio del derecho de acción o contradicción, como las de probar lo que se acciona y lo que se debate.

La carga procesal, surge solamente respecto de las partes de los procesos, no del juez. Estas pueden ser la de formular la demanda en debida forma en oportunidad, impedir la prescripción, caducidad, abandono, probar los hechos, recurrir de las providencias, es decir, todo el ejercicio previsto para que sus derechos puedan ser tutelados y resueltos debidamente en las audiencias orales, en las que el control social está previsto para su plena validez.

Además, se hace un acercamiento a la función del derecho probatorio en el proceso, donde se hace prioritario, abordar el estudio del debido proceso como uno de los más importantes avances jurídicos contemporáneos para el

derecho procesal, que ya no puede ser considerado como un ordenamiento atemporal, acrítico y mecanicista, sino, por el contrario, como un sistema de garantías que posibilita el libre acceso a la administración de justicia y en definitiva, al logro de la justicia.

Por otra parte, se piensa que el poder del juez genera un deber y una responsabilidad. Si hablamos del deber y responsabilidad del juez, se trata de la protección o la configuración de los derechos de protección en el proceso y la dirección oficiosa en el mismo, bajo la estructura del activismo judicial.

El objetivo principal de este nuevo modelo de justicia consiste en garantizar los derechos de las personas, a través de un sistema de garantías jurídicas eficaces y modernas. Es con esta finalidad que la Constitución del 2008 determina una serie de garantías constitucionales llamadas a tutelar jurídicamente los derechos establecidos en ella.

Las garantías jurisdiccionales, tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos, a la declaración de la violación de uno o varios derechos humanos y, en consecuencia, la reparación integral de los daños provocados por la violación o incumplimiento de sentencias dictadas en estas acciones (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional)

A las ya señaladas, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, mediante desarrollo jurisprudencial, añadió que la acción de cumplimiento de sentencias (Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 0999-09-JP, de 22 de diciembre de 2010) es de competencia exclusiva de la Corte Constitucional (Arts. 164 y 165 LOGJCC), pero al proponerse la acción, esta no tiene efectos suspensivos (Sentencia No. 037-12-SIS-CC Corte Constitucional) o límite, a fin de que se pueda seguir ejecutando o apartarse de la potestad prevista en el art. 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y emitir autos posteriores para la plena eficacia del cumplimiento de los derechos que han sido reconocidos en sentencia (Corte IDH, Sentencia caso Baena Ricardo y otros y caso Acevedo Jaramillo y otros), dentro de los varios procesos o derechos que tienen que ser observados por el juzgador.

Así, se determina como verdad procesal que refiere ser la transparencia procesal, tanto de las partes como del mismo proceso, generando, a través de este derecho, certeza y confianza ciudadana respecto de la correcta y debida aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente. Ello, permite que las personas puedan predecir con seguridad cual será el procedimiento o tratamiento al cual se someterá un caso en particular,

conforme nuestra Corte Constitucional ha manifestado en Sentencia N. 092-14-SEP-CC, caso N. 0125-12-EP; Sentencia N. 013-15-SEP-CC, caso 0476-14-EP y la Corte Nacional en Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3428 (Quito, 11 de julio de 2002); tiene relación la verdad en el proceso con el acceso a la justicia de acuerdo con los estándares de satisfacción que serían el objetivo específico de acceso a los tribunales de justicia y al proceso.

Dentro de los estándares mínimos, podríamos citar los recursos efectivos plenamente establecidos en la ley como seguridad jurídica, para sus reclamaciones, bajo criterios de admisibilidad, y ciertas formalidades que no constituyan limitación a este derecho. De igual forma, la asistencia técnica adecuada, en algunos casos la no necesidad de defensa, como en los casos de menor cuantía en procesos monitorios y alimentos, el derecho a un proceso oral por audiencias bajo procedimientos claros y específicos para la complejidad de cada caso en general.

En conclusión, tomando en cuenta los problemas que existieron en el proceso escrito, esta reformulación de principios y derechos insertados en los procesos en materias no penales y considerándose que las reformas deben estar basadas a las garantías normativas, consideramos eficiente la vigencia del Código Orgánico General de Proceso —con ciertas particularidades que merecen aclaración en procedimientos— que obedece a la manera adecuada de resolver los casos en materias no penales porque el esquema procesal planteado —proceso oral por audiencias— trata de garantizar el debido proceso que se rige bajo los principios de oralidad, inmediación, concentración, disposición, congruencia, economía, celeridad y publicidad.

Además de ello, se establece el rol del juzgador, los plazos razonables, la desjudicialización de asuntos de interés particular, toma nota del expediente electrónico y finalmente la competencia de cada juez en razón de la materia, bajo procedimientos claros y específicos —con ciertas dificultades por el cambio estructural—. Esto nos permite pensar que estamos frente a un proceso que se está adecuando al desarrollo de la sociedad y sus garantías y desarrollo concordante del procesal iberoamericano, consagrados en los derechos humanos, de donde pensamos que en nuestro país se inicia la postura contemporánea en el derecho procesal, por el cambio abierto de paradigma en las reformas normativas.

No obstante, lo anterior, es posible que la aplicación práctica del código procesal genere dudas y dificultades en los operadores judiciales y en los mismos usuarios. En un principio, la modernidad supone un cambio de cultura jurídica, como limitar la presentación de escritos a los actos estrictamente necesarios y priorizar la oralidad en todas las fases e instancias,

ante lo cual hay cierta resistencia por la novedad del sistema. Asimismo, el desconocimiento de las reglas de la ley procesal, o la mínima preparación de la defensa técnica del justiciable, podría afectar a uno de los elementos del derecho al acceso a la justicia, esto es, la forma en cómo concurren ante las autoridades judiciales para hacer valer sus derechos e intereses.

Así, si bien las anteriores son dificultades que les llamaríamos de mero rito, lo que no podemos perder de vista, ya que genera dificultades al momento de la aplicación normativa, es observar las formalidades esenciales y de garantía que, observando lo que el maestro Taruffo configura como de crisis de la ley procesal, mostrando su visión desde la experiencia italiana, no es menos cierto que también como premonición de nuestra ley procesal de esta llamada crisis llegan a ser parte del problema normativo interno. Si bien nuestra norma procesal guarda muchas características de modernidad, no es menos cierto que también existe crisis, de diferente modalidad e intensidad como expone el autor, pero que merecen una reflexión profunda y, para ello, es importante tomar los dos puntos de identificación de la crisis, que son expuestos como: la racionalidad como coherencia y como funcionalidad.

3. La teoría de la racionalidad de la ley procesal

Es muy claro, y a lo largo del desarrollo y evolución social, el concepto de proceso manejado por varios autores, quienes han manifestado que se trata, primero, de una acepción moderna y refiere a la acción de ir hacia adelante, siendo la secuencia el desenvolvimiento, sucesión de momentos en los que se realizan los actos procesales. (Monroy, 2012), explica que el proceso se manifiesta a través de dos características, la primera, la temporalidad, que trata de la conciencia de progreso hacia algo; y, el segundo, la tendencia a alcanzar un fin. Para ello, nace el derecho procesal que también a decir de (Echandía D. , 2012) refiere dos hechos, el primero, en cuanto a los poderes del juez dentro del proceso y el segundo, se encauza a garantizar y hacer efectiva la acción. Los poderes procesales son en cambio, por excelencia poderes medios, vale decir instrumentos que la ley concede al juez para el ejercicio de la función jurisdiccional. Estos poderes pueden ser considerados desde dos puntos de vista.

El primero, es el de la dirección o del desarrollo del proceso: del modo como son regulados o como el legislador ha querido dar a entender debe ser aplicado que depende de la estructura del proceso mismo, que puede ser oral o en la parte escrita. El segundo es el más sustancial, el de las relaciones entre el poder del juez y el de la parte, vale decir de las relaciones entre jurisdicción y acción (Satta, 1971)

En consecuencia, los poderes del juez son atribuciones que son impuestas en la norma, con el fin de entregar propósito al proceso y entregar garantías a las partes; de esta forma, como explica (Redenti, 2001) esta función consiste conocer los hechos expuestos por las partes, aquilatar todas las legítimas resultancias del proceso y entregar, según las indicaciones y lo que se encuentre establecido en la ley, su conciencia y los fines de su oficio y el derecho que a las partes les corresponde.

De esta forma, el juez deberá, además de la dirección formal del proceso, realizar varios controles, según su legítima formación, el dictado de las normas según régimen vigente, como es el control de constitucionalidad y legalidad; todo ello, de acuerdo con sus propios medios intelectuales, como dice Redenti, sepa entender e interpretar los dictados de la norma, las fuentes del derecho para extraer y reconstruir con los hechos propuestos, con los respectivos criterios de subjetivización del derecho, de acuerdo con el espíritu por el que se ha creado la norma.

Sin embargo, esta forma de entender e interpretar debe contener mínimas de interpretación jurídica, tomando en cuenta, que refiere ser el sentido que dentro del ámbito jurídico que entrega el juzgador a los textos normativos poco claros, explicando acertadamente las acciones y las palabras para la correcta aplicación del derecho. Así, también, (Alzamora, 1982) al hablar del descubrir el pensamiento que encierran las normas, dice que se puede lograr gracias a la interpretación jurídica, es por esta razón que cuando se habla de darle sentido a las palabras siempre se debe entender que este sentido será amplio.

Desde esta perspectiva, para la labor de interpretación jurídica que realiza el juzgador, son importantes las fuentes del derecho que, con efecto de este trabajo, solo es preciso citar la ley como fuente primaria del derecho procesal, en la que se establece la organización y sistematización de las normas para su aplicación sobre la base de la experiencia y la interpretación judicial de los juzgadores.

A propósito de la crisis de la ley procesal, veremos, bajo las propiedades que menciona el maestro (Taruffo, 1999) al hablar de la vigencia de la norma y su racionalidad como coherencia y como funcionalidad o también llamado instrumental de aplicación de la norma procesal yerran los juzgadores y, es donde se puede observar la crisis que nuestro sistema procesal moderno y de garantías de un debido proceso.

Por consiguiente, se dice que existen algunas "propiedades" que presenta la ley procesal, de allí que para su validez y eficacia es posible establecer en qué grado se encuentran presentes en nuestro Código Orgánico General de Procesos, para con ello identificar la crisis o dificultades de aplicación. El

maestro Taruffo considera que estas propiedades son indispensables para la plena eficacia de la norma procesal, por esto habla de la racionalidad procesal derivada en dos aspectos: la racionalidad como coherencia de la norma y la racionalidad como funcionalidad, también llamada como racionalidad instrumental.

Al hablar de la racionalidad como coherencia Taruffo refiere tratarse de todas las normas que se encuentran en la ley procesal que deben estar situadas en el mismo plano de eficacia y además deben ser coherentes para que su aplicación o interpretación jurídica no contenga un sentido amplio y ambiguo, sino para que exista esta coherencia en cuanto a la seguridad jurídica como un derecho; de ahí que esta coherencia, al hablar de ley como fuente del derecho, nace desde su debate y promulgación de la norma por el legislador que es, como nos dice (Véscovi, 2006) el órgano especializado del Estado.

La racionalidad de la ley procesal como coherencia contiene las propiedades de orden, unidad, plenitud y simplicidad.

Para hablar de las propiedades, iniciamos con el orden, que refiere contener una secuencia de todas las actividades procesales, de ahí que se habla de la relación entre las normas generales y las disposiciones específicas. En el caso de nuestro código procesal, tenemos a la luz, sin tener que expurgar la ley, una dificultad de orden en cuanto la relación general con lo específico. Al hablar de las diligencias preparatorias de juicio, la disposición general (art. 120 COGEP)[10] considera que en todo proceso se puede preceder de una diligencia preparatoria.

Las diligencias preparatorias o también conocidas como prueba anticipada —como se le conoce en doctrina a este tipo de diligencias— tiene como efecto sustancial anticipar la legitimación y la urgencia de la realización de la misma, por tener el temor fundado de que no podrán practicarse las pruebas en el momento oportuno, por causa de las personas o de las cosas, se solicita su práctica anticipada, antes del proceso. En definitiva, se asegura tanto la fuente como el medio de prueba y su práctica, que como se dice es urgente.

En consecuencia, no explica la norma, pero sí la doctrina que los casos en que resulta necesario anticipar o determinar la legitimidad activa o pasiva pueden ser variados: un testigo extranjero que previsiblemente no estará en el país al tiempo del juicio; un testigo gravemente enfermo; un objeto perecedero fuente de prueba, etc.; un bien puede destruirse, alterarse, demolerse o

10 Al establecer las siglas COGEP hacemos referencia al Código Orgánico General de Procesos que la norma procesal que regula el procedimiento de los distintos procesos vigentes en Ecuador.

desaparecer por circunstancias ajenas (Armenta Deu, 2015) De allí que, fuera del aspecto general establecido en la norma, las disposiciones específicas dan una confusión entre lo que se conoce como prueba anticipada (art. 120 COGEP) y las diligencias preprocesales (art. 231.4 COFJ) ante jueces de competencia distinta.

La preconstitución de prueba no lleva consigo las ataduras de la prueba anticipada, es por esta razón que se dirige ante el juez de contravenciones de tal forma que su resultado puede determinar un derecho o establecer una obligación. Este tipo de diligencias no son para establecer derechos de las partes, sino prueba urgente, que no se encuentra debidamente establecida en la norma.

Asimismo, al hablar del recurso de apelación el art. 256 del Código Orgánico General de Procesos, como norma general, determina que el recurso de apelación cabe de la sentencias siempre y cuando se interponga de forma oral en la audiencia respectiva, dentro de las normas específicas en relación al recurso de apelación, establece que el término para apelar será el de diez días posterior a la fundamentación por escrito notificada a las partes, sin pensar que en la sentencia puede existir errores o por otro lado, la parta accionada no pudo plantear, generando dificultad para recurrir como una garantía del debido proceso.

En vista de este largo período de interpretaciones de los juzgadores la Corte Nacional en Resolución No. 15-2017 publicada en R.O. No. 104-S de 20 de octubre del 2017 al hablar del recurso de apelación amplía la circunstancia que por excepción cabe interponer recurso de apelación de la sentencia escrita, es decir que no sea de forma oral en audiencia bajo dos circunstancias; la primera, cuando una de las partes no haya concurrido a la audiencia por caso fortuito o fuerza mayor; y, la segunda, cuando la sentencia por escrito contenga asuntos no resueltos o cuando estos sean distintos al objeto controvertido, es decir, si bien se aclara posteriormente, generó en el transcurso del tiempo una pugna entre la norma general y las disposiciones específicas

Por otro lado, al hablar de la unidad como propiedad, el maestro Taruffo dice que las normas que forman el contexto único del sistema procesal deben tener lo que él considera el núcleo de normas fundamentales con pocas normas especiales, considerando que el código procesal debe evitar contener normas procedimentales situadas fuera del ordenamiento procesal vigente, en nuestro caso, del Código Orgánico General de Procesos.

En nuestro caso, existen normas que regulan el procedimiento como en los casos de reclamaciones laborales en los que constan normas de procedimiento en el derecho sustantivo, como es el Código del Trabajo, que da

normas de procedimiento en el caso del despido ineficaz.

Así también la Ley de Inquilinato que regula las relaciones vecinales, donde entrega un procedimiento en el caso de que el arrendatario suspenda arbitrariamente los servicios de luz eléctrica y agua potable, que no regula la ley procesal. Al mismo tiempo, al hablar de la partición prevista en el artículo 332 de la ley procesal, hace referencia al procedimiento de la partición de bienes no voluntaria, pero donde se considera todo el procedimiento y requisitos se ubica en el Código Civil, que hace referencia al título de las ejecuciones testamentarias y regula la partición, sobre las cuestiones previas (arts. 1348 y ss. C.C.), excepciones, acuerdos, informes periciales y licitación en caso de falta de ofrecimiento de uno de los coasignatarios.

De igual forma, la plenitud como propiedad, se refiere a que la norma procesal para su vigencia debe regular todos los aspectos relevantes de los mecanismos procedimentales de modo suficientemente analítico, dejando lo menos posible a interpretaciones, que el maestro Taruffo señala como "fantasía de los intérpretes", lo que genera sobre estos elementos de racionalidad de coherencia, una de las crisis más graves.

Es así que en el caso ecuatoriano, han generado grande dificultad de interpretación las excepciones, previstas como de previo pronunciamiento (art. 153 COGEP), que si bien encuentran una división, primero como poder amplio que ejerce el demandado, donde no solo queda en manifiestos sino se debate cuestiones jurídica en audiencia opuestas o no a las postuladas por el actor en los actos de proposición, esto permite ya debatir sobre la pretensión del demandado como contenido de la excepción, siendo su efecto evitar, retardar o extinguir lo pretendido por el actor, ya sea objetando el trámite, el proceso o a las personas que intervienen en el mismo requiriendo en la mayoría de los casos un estado de absolución del demandado (Olmedo, 1975). En segunda instancia, como derecho a la defensa y una garantía del debido proceso.

Al referirnos al poder amplio de ejercicio del demandado, inmediatamente ingresamos a referirnos a las relaciones entre el poder del juez y el de la parte, vale decir, de las relaciones entre jurisdicción y acción, que Salvatore considera un poder absoluto y potestad jurisdiccional.

De esta manera, la crisis del derecho procesal se evidencia en el momento que al hablar de la forma de cómo resolver las excepciones de previo pronunciamiento (art. 295 COGEP) y, al momento de la aplicación en caso de no alegación en la causa, para su resolución. En el primer caso, no se hace referencia a qué tipo de decisión se debe tomar, si es mediante una sentencia que ponga fin al proceso o un auto resolutivo, de esta forma la Corte Nacional en Resolución No. 12-17, realiza una interpretación y de acuerdo con sus

facultades regula la forma de resolver dichas excepciones, para las excepciones subsanables, esto quiere decir, las de corrección de los actos de proposición, como es la forma errada de interponer los hechos y el derecho en la acción, la debida configuración de la relación jurídica procesal, se entrega un término de corrección y se lo hace mediante auto interlocutorio. Más, en cuanto las excepciones que ponen fin al proceso como cosa juzgada, caducidad, prescripción extintiva, si bien la norma procesal no entrega la forma, pero la Corte Nacional, resuelve que será mediante sentencia.

Al parecer esta Resolución del máximo órgano de control de legalidad del país, es bastante razonable, pero si observamos lo que Lino Palacio refiere de la cosa juzgada, dice ser como la irrevocabilidad que adquieren los efectos de una sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla, de tal suerte que no constituye, como se dice, en un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente, vale para todos los posibles efectos que produzca.

Así, la cosa juzgada se dirige a lograr el reconocimiento de la declaración de certeza ya existente y la concreción de la prohibición de los órganos judiciales de ventilar un asunto ya juzgado que no pueden ni deben afectar las relaciones jurídicas de derecho sustancial que fueron objeto de una precedente sentencia con autoridad de cosa juzgada, debiendo regirse los posteriores hechos a lo ordenado en dicha sentencia, lográndose con la propuesta de esta excepción de previo pronunciamiento "asegurar la inmutabilidad o irrevocabilidad de las cuestiones resueltas con carácter firme en un proceso anterior, y de evitar, por lo tanto, el pronunciamiento de una segunda sentencia eventualmente contradictoria." (Palacios, 1977)

Ahora bien, la Corte Nacional considera que esta excepción definitiva debe ser decidida mediante sentencia, de ahí que, esta interpretación que el máximo órgano de control de legalidad expresa, contraría el concepto mismo de sentencia, que bien dice Enrique Rojas que la nota distintiva de una sentencia respecto de las restantes decisiones judiciales, consiste en que a través de ella se entrega la solución el objeto o cuestión problemática del asunto planteado, de ahí que considera que lo que identifica a la sentencia de las restantes providencias judiciales es que cumple como función la consideración del objeto del problema de fondo, si bien en algunos casos el proceso no termina con sentencia, pero la sentencia pone fin al proceso y decide sobre el objeto litigioso, de ahí que dictar una sentencia ratificatoria o determinando que en otro caso similar, para coger la excepción de cosa juzgada, se dicte una sentencia ratificatoria de la existencia de otra sentencia en un proceso similar, no es muy coherente.

De esta forma, la interpretación judicial, bajo las teorías realista, legalista

y la reformista, al hablar de la racionalidad como coherencia de la norma procesal, colabora con la tesis planteada por Taruffo, ya que la teoría realista refiere a la concepción tradicional que tiene el juez, quien aplica de forma imparcial y pasiva las reglas ya existentes, de modo que en la función judicial los jueces no tienen ningún tipo de superioridad moral o cognitiva y aplican el razonamiento practico, lo que (López M. , 2006) considera de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que el juzgador busca equidad en el caso, por lo que al momento de aplicar la ley, cuando es clara, no existe problema, pero en el momento en que realizamos una interpretación, por falta de claridad de una ley, que tiene vacíos o no regula con disposiciones específicas, la argumentación del juzgador se debe referir inicialmente del porqué se le da ese valor.

Al respecto, (Cano, 2014) al referirse a la interpretación, dice que requiere de argumentos, ya que el legislador puede tratar de poner la norma de la forma más clara. Sin embargo, casi siempre van a existir vacíos y ambigüedad.

En el segundo caso, se dice que solo las excepciones alegadas se pueden resolver, dejando la posibilidad que si no son expuestas en la contradicción, el juzgador no puede a propósito de configurar el proceso acoger una excepción para sanearlo como la excepción de cosa juzgada, para no correr con el error de dictar una sentencia, conociendo que existe otra sentencia en otro proceso con identidad objetiva y subjetiva; asimismo, acoger la litispendencia, por ejemplo, generando duda e incertidumbre en el próximo proceso cuando ya existe una decisión en firme. De esta forma, esta segunda dificultad o crisis de la ley procesal y de plenitud, por la "fantasía de los intérpretes", hace referencia que los presupuestos procesales materiales son hechos realizados antes del proceso, pero que también pueden ser verificados en la audiencia respectiva, ya que al momento de sanear el proceso es donde se tiene que verificar que el juez tenga la posibilidad de dictar una sentencia que sea fácilmente ejecutable.

En referencia al saneamiento en la audiencia, tomando en cuenta que el sistema regulado para la etapa postulatoria es dinámico, pues lo que se busca es que en ellas se propongan las pretensiones y defensas; se declare, previo saneamiento la validez de la relación procesal (Ramírez, 1998) ; con base en ello, es que en cualquier proceso, generalmente, se tiende a sanearlo, a los fines de su adecuación a la finalidad jurisdiccional, que motiva al juzgador no proseguir con un procedimiento, que teniendo conocimiento el juzgador, una vez fenecido, mediante sentencia en otra causa, no tuviere la posibilidad de observar y acoger el efecto de la excepción de cosa juzgada y disponer el archivo de la causa de su conocimiento, hasta por propia seguridad jurídica, no cabe, que por no ser propuesta una excepción, no en todos los casos, sino

en cuanto a la seguridad y conformación procesal, acoger y disponer el archivo de la causa. Estos aspectos, no se encuentran regulados y permiten realizar varias interpretaciones.

Para ilustrar, al hablar de la hipoteca, nuestro orden procesal hace referencia que el contrato de hipoteca (art. 363.10 COGEP), se constituye en título de ejecución, sin establecer las características o presupuestos procesales materiales de efectividad, al igual que los restantes títulos de ejecución que refieren tener los elementos de cosa juzgada, que sea incontrovertibles y que las obligaciones contenidas en aquellos se hayan cumplido o se encuentren en mora de ellas, configurándose en puras, líquidas o de fácil liquidación, determinables y de plazo vencido.

Por otro lado, la hipoteca en el Código Civil, se constituye como un contrato de prenda que bajo el principio de autonomía de la voluntad privada, rige como prenda, de tal suerte que genera interpretaciones gramaticales extensivas, cuando los juzgadores sin observar el principio de autonomía privada que rige los contratos, ingresa a realizar una interpretación que incluso llega a solicitar en documento adherido se establezca la obligación para proceder a la ejecución, contrariando los efectos de la voluntad contractual y sometiendo a las partes a su interpretación de lo que en apariencia "quisieron decir las partes".

En relación a la simplicidad como propiedad, dentro de la racionalidad como coherencia, Taruffo expresa que, en este aspecto, la ley regula de modo claro un procedimiento que resuelve un ´-relativamente complejo.

En este aspecto, en nuestro caso, tenemos la dificultad del procedimiento voluntario ya que genera la sustanciación mediante este procedimiento, los llamados asuntos de jurisdicción voluntaria y aquellos que por su naturaleza o estado de las cosas se resuelva sin contradicción (art. 334 COGEP).

La doctrina hace referencia que la vía voluntaria es una institución jurídica que no contiene normativas expresas en el derecho sustantivo. La doctrina ha expresado que el proceso voluntario se denomina así porque no se somete al órgano judicial un conflicto litigioso de intereses, ni controversias, sino como requisito para que tenga validez un acto, de tal forma que existe no una demanda en sí, sino un pedido inicial.

Fix Zamudio, citado por (Valdez, 2009) entiende por jurisdicción voluntaria el conjunto de procedimientos a través de los cuales se solicita de una autoridad judicial que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica de trascendencia social en beneficio de o de los participantes, situación que se mantiene en tanto no cambien las circunstancias del negocio que les dio origen y mientras no surja cuestión litigiosa o controvertida,

porque de ingresar a una cuestión litigiosa ya no estaríamos en un proceso voluntario, el procedimiento voluntario refiere ser un pedimento simple del solicitante, de modo que podemos configurarla como un monólogo que debe ser escuchado, no por un juez imparcial situado entre dos partes contrapuestas, sino por un funcionario judicial que debe decidir sobre la procedencia y legitimidad de lo solicitado, que no tiene controversia sino un conflicto personal.

De tal forma que el criterio que este no puede ni debe ser un proceso contencioso, sino que para llegar al convencimiento del juez que lo que se pretende en la demanda es solamente una simple formalidad, la actuación de los medios probatorios debe ser expuesta con claridad, determinando, que no existe un contradictor y que el error que puede ser hasta material, no perjudica a terceros y solo le beneficia a quien lo acciona. De aquella prueba, el juzgador debe observar básicamente que no exista contradicción. En base a lo manifestado, nace un procedimiento que no es regulado y resulta frecuente, la rectificación de testimonio de escritura pública, por error en los nombres o apellidos se busca esta vía, pero este mecanismo procesal no resuelve este conflicto y no existe otro mecanismo para aquello.

En el caso de los contratos (art. 1453 C.C.), es necesario establecer que estos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y su nacimiento se da desde que una o varias personas consienten con obligarse respecto de las unas y las otras, es por ello que se dice que el contrato aparece por la conjunción de los consentimientos con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas (Diez & Gullón, 1990).

Si el contrato es el acuerdo de dos o más sujetos por el que se comprometen a una determinada conducta encaminada a proporcionar algún beneficio (art. 1454 C.C.), se trata pues de un pacto o un acuerdo de satisfacción de intereses de los participantes; es este compromiso el que genera obligaciones para las partes —la de cumplir la conducta acordada— (art. 1455 C.C.), que vienen, en definitiva a constituir reglas que les vinculan, es por ello que se dice que el contrato es la fuente de las obligaciones y que su contenido, esto es, esas obligaciones son ley para las partes (Rodríguez, 2003, p.21). De esta circunstancia, la dificultad de poder rectificar los errores mecanográficos en dichos instrumentos escriturarios, no tienen una vía específica ya que, de existir oposición (art. 336 COGEP), no es posible seguir por la vía declarativa sumaria, por tratarse de una simple corrección.

En conclusión, en palabras de (Taruffo, 1999), la ley procesal es racional siempre y cuando en el sentido instrumental norma el procedimiento que busca como fin último los fines de la administración de justicia.

De aquello, la racionalidad como funcionalidad o llamada instrumental,

es la que regula el proceso y que se acercará a la racionalidad en función de los fines que le son asignados.

Si bien es cierto, nuestro sistema procesal guarda la relación efectiva de las garantías del debido proceso, bajo la humanización de la justicia, con el enfoque en los derechos humanos (art. 2 COGEP), respecto de su racionalidad, el maestro Taruffo considera que es racional el proceso siempre que se desarrolle las garantías básicas del debido proceso y que incluyan remedios para el control de las decisiones de allí que estas nociones dice: "de racionalidad de la ley procesal no son del todo contrarias entre sí. Son distintas, no se implican recíprocamente (es posible imaginar una ley coherente pero ineficiente; es, por el contrario, difícil —pero no imposible— imaginar una ley procesal instrumentalmente racional pero no coherente), pero son perfectamente compatibles." (Taruffo, 1999)

4. Los motivos de la crisis de la ley procesal

En base a la explicación del profesor Michel Taruffo, las crisis de coherencia le enfoca en tres fenómenos que son de experiencia en el proceso contemporáneo; el primero, la dificultad en la forma de aseguramiento para imponer "el orden y unidad en la ley procesal" y, esto se debe a que se crea procedimientos especiales o lo que considera "privilegiados" en materia procesal.

El autor refiere que la "unitariedad" del sistema procesal se rompe cada vez que el legislador tiene intención de sustraer determinados sujetos o grupos de sujetos al funcionamiento —a menudo ineficiente— de la ley procesal "general". Esto si bien, normalmente tiende a una mejora en la satisfacción de los derechos de estos sujetos, sin embargo tiene efectos críticos sobre el sistema globalmente entendido. En efecto, de un lado, se crean numerosas situaciones de tratamiento dispar desde el punto de vista procesal (Taruffo, 1999).

Así también se habla de la "incompletitud" de la ley procesal, que refiere a que el legislador no abarca todas las necesidades sociales y se queda "frecuentemente atrasado" de los problemas procesales que se generan en la práctica procesal y esto hace que se genere varias interpretaciones que en busca de una solución de los conflictos puede generar un conflicto, llegándose a pensar la falta de norma que regule las relaciones sociales en casos en particular, como por ejemplo, la rectificación de escritura pública por aspectos de errores mecanográficos que no tienen una tutela por falta de vía específica, donde Taruffo caracteriza esta incompletitud como: Que existen lagunas y disfunciones tales que impiden de hecho el acceso a la tutela jurisdiccional

(valga el ejemplo de la falta o ineficiencia de las normas para la defensa en juicio de los no adinerados). La ley procesal tiende, pues, a hacerse cada vez más incompleta, sea sobre el plano formal (o sea: por la falta de normas que serían necesarias), sea sobre el plano sustancial (o sea: por la falta de funcionamiento de normas que ya existen formalmente)

La tercera crisis o citado también como "fenómeno de crisis" refiere al sistema complejo de las normas internas de la ley procesal, donde se impone características formales y sustanciales complejas y difíciles de entendimiento, de allí que se dice que "la ley procesal se realiza de forma apresurada" de donde se torna más complejo cuando se inicia con las reformas o como en nuestro caso los "direccionamientos" que ya son de costumbre de la Corte Nacional al realizar interpretaciones gramaticales extensivas y donde en varios casos se confunde la aclaración o direccionamiento de aplicación de una norma procesal, como el caso de las excepciones de previo pronunciamiento y de los recursos procesales, que en varios casos los juzgadores aplican el principio del doble conforme o del recurso procesal como garantía del debido proceso y, que esta interpretación de aplicación de este principio lleva a que la sociedad tenga desconfianza o genere inseguridad en varias actuaciones procesales.

Respecto de lo que se considera como crisis de la racionalidad y funcionalidad, la racionalidad, como coherencia, se trata de que todas las normas procesales deben estar en el mismo plano y de ahí que deben contener orden, unidad, plenitud y simplicidad en su estructuración para evitar una crisis procesal; pero, aquello no es posible evitar en la práctica procesal, como el exceso de tiempo, los períodos de los recursos procesales.

Para el profesor Taruffo

> "se hacen cada vez más numerosas las áreas en las cuales, de hecho, no se administra realmente una justicia aceptable. Así, la elección más racional para el titular de un derecho consiste en no hacer valer este derecho en juicio, porque el tiempo (y, por tanto, también los costes) necesarios para obtener una sentencia definitiva serían excesivos. Por lo tanto, una sustancial elusión de la necesidad de tutela procesal y se vuelven ineficaces las garantías de acceso a los tribunales que están recogidas en numerosas constituciones contemporáneas". (Taruffo, 1999), Pág. 9.

Si bien puede decirse que, existen estas crisis que son comunes en los varios sistemas procesales, esto se debe a que el legislador no tiene el entendimiento claro de los elementos de racionalidad de creación de la norma procesal, de esta forma, es importante considerar que es trabajo de la Corte Constitucional, el debido control de constitucionalidad y funcionalidad procesal. Al respecto las garantías normativas (art. 84 ConsE.), en ningún caso los actos del poder público atentarán a los derechos de las personas establecidos en la Constitución, por lo que la interpretación de normas ordinarias estará supeditada a las reglas básicas y generales de toda exégesis

jurídica,[11] pero que, como vemos, esta aplicación de las garantías normativas, no observan la racionalidad coherente de aplicación práctica de la norma procesal.

> Las garantías normativas se enfocan en el deber del órgano de la administración pública —reformas normativas, políticas públicas, reglamentos y ordenanzas— adecuar sus decisiones, reformas o políticas a los convenios internacionales sobre la base de los derechos humanos, es decir adecuar la normativa secundaria del Estado en favor de los derechos de las personas; este sistema de normas adecuadas a los derechos humanos, como expone Ramiro Ávila debe ser coherente y es por esta coherencia que se le entrega la jerarquía, de donde toda norma secundaria debe ser conforme a las normas constitucionales (Ávila, 2012).

De esta forma, estas garantías se las conoce como garantías de regulación y guardan mucha relación con las normas secundarias que no pueden ser reformadas o incorporadas a los cuerpos legales de un Estado sino se encuentran adaptadas a las garantías de la Constitución y de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

El Código Orgánico General de Procesos (art. 2 COGEP), obedece a las garantías judiciales del debido proceso, oralidad, juez natural y donde establece los derechos que tiene toda persona como saber cuál es el procedimiento en su contra, entregarle un tiempo suficiente y los medios adecuados para el acceso a la justicia, esta como una norma secundaria enfocada a las garantías y derechos de toda persona que no contraría a los derechos establecidos en la Constitución, de ahí que se habla que el derecho procesal civil se adecúa a las garantías de la constitución como norma secundaria.[12] Estas dos circunstancias son las que obligan a que el juzgador no

11 "Tradicionalmente se ha considerado que la Constitución se divide en dos partes, una dogmática y otra orgánica. Esta división, en el ámbito del derecho y de su reproducción a nivel universitario, supuso también un nivel de especialización del derecho constitucional orgánico en desmedro del dogmático, por razones difíciles de explicar. Aunque los derechos humanos o fundamentales han estado en casi todas las constituciones republicanas, su estudio siempre ha sido marginal, superficial y dentro de un contexto histórico relacionado con la Revolución Francesa del siglo XVIII, como que los derechos fuesen un asunto del pasado y limitados exclusivamente a las libertades. El estudio del derecho constitucional ha estado centrado en las instituciones clásicas que surgen por la división de poderes, la democracia formal y en aspectos procedimentales. Saber derecho constitucional implicaba conocer la conformación y designación de las autoridades, las facultades y competencias del presidente, del Parlamento y de la función judicial, las formas de elaboración de las leyes (la iniciativa legislativa, el número de debates, la promulgación) y las formas de control del estado. En fin, cuestiones que no requerían más que una o dos lecturas atentas de la Constitución vigente. De ahí se entiende que en la región en general, y en Ecuador en particular, no tengamos un desarrollo doctrinario notable sobre la teoría de los derechos humanos y que, en consecuencia, el desarrollo jurisprudencial haya sido pobre y errático.
En la lógica de un estado constitucional de derechos y justicia, como se define nuestro país, a la dogmática constitucional le complementa no solo la parte orgánica sino también un sistema de garantías. De este modo, la parte dogmática determina el fin de la organización política, las garantías establecen los mecanismos jurídicos para acortar la brecha entre los derechos y la realidad, y la institucionalidad es el medio para promover y desarrollar el ejercicio de derechos y la operatividad de las garantías. Entonces tenemos (1) los fines, que son determinados por los derechos, y que corresponde a la parte dogmática de la Constitución; (2) los medios, que son los órganos y las instituciones, que es la tradicional e inevitable parte orgánica, y (3) las garantías y cuya originalidad y tratamiento otorga merecidamente el calificativo de garantista a la Constitución." Ávila Santamaría, Ramiro (2012) Los derechos y sus garantías, ensayos críticos, Centro de estudios y difusión de derecho constitucional. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, Ecuador, 182-183.

solo observe los derechos nominados en la Constitución, sino todos aquellos que perjudiquen el fin último del proceso, pero que, no por ello, se deje de pensar que existe crisis en el derecho procesal.

5. Conclusiones y posibles soluciones

El Derecho, como producto del Estado, para cumplir su función reguladora de la sociedad requiere de un ordenamiento jurídico coherente, pleno y válido. La claridad de las normas jurídicas permite a los operadores judiciales su aplicación uniforme en interés de garantizar el derecho a la seguridad jurídica. No obstante, la experiencia nos ha demostrado que existen contradicciones y ausencias normativas que conforme enseña la doctrina no pueden ser superadas sino a través de la interpretación y sus métodos, entre los que podemos destacar el dogmático o lógico y el exegético o histórico.

El primero, busca obtener un ordenamiento sistemático de los conceptos o instituciones jurídicas, la dogmática ayuda a que esta interpretación sea más eficiente.

El segundo, exegético o histórico que realiza el estudio de contextos anteriores incide en el entendimiento actual de las normas y la regulación de las mismas. Sin embargo, la deficiente o nula aplicación de los métodos de interpretación en la práctica del Derecho ha generado una crisis procesal que amerita ser superada.

A partir de la teoría de la racionalidad propuesta por el profesor Michele Taruffo se ha podido determinar que en el Ecuador existen problemas de la ley procesal que inciden en la valoración judicial. Consideramos que, el haber mantenido por largo tiempo un sistema procesal eminentemente escrito, compuesto por normas adjetivas dispersas, mermó la eficacia y funcionalidad del Derecho como medio natural para hacer justicia.

Con el advenimiento de la oralidad como principio de la administración de justicia y la expedición de nuevos Códigos Procesales que implementaron el juicio oral por audiencias para la sustanciación de los procesos en todas las materias, se logró revolucionar la cultura jurídica del país; pero, es posible que la aplicación práctica del Código Orgánico General de Procesos, genere dudas y dificultades en los operadores de justicia y en los

12 Como bien explica Ramiro Ávila en su libro el neoconstitucionalismo transformador el juez en un estado constitucional ya no puede solo ser boca de ley, sino aplicar aquellos principios que constan en la Constitución y por ello se convierten en cerebro y boca de la Constitución, es por ello que en un sistema jurídico en la actual sociedad contemporánea y el debate de la globalización de mercados, economía y jurídico ya no es muy rentable basarse en reglas para solucionar todos los negocios jurídicos ni prever todas las situaciones en las que se valoraría un derecho ya que son variadas aquellas, es por esta razón es necesario que la justicia asuma los principios que expuestos por Luigi Ferrajoli citado por Ramiro Ávila son normas téticas y, muchas normas relacionadas con los derechos humanos tienen la forma de normas téticas. Asimismo, dado que los derechos humanos son normas aplicables el juez no puede sino crear derechos al aplicar los principios como normas téticas..

usuarios. A lo anterior se suma el desconocimiento de las reglas de la ley procesal, o la mínima preparación de la defensa técnica del justiciable, lo cual podría afectar a uno de los elementos del derecho al acceso a la justicia, lo cual no podemos desconocer sino más bien se debe asegurar como parte de los derechos de protección de las personas.

Siguiendo el criterio del maestro Taruffo podemos concluir que, si bien la experiencia italiana nos ha enseñado que puede existir crisis de la ley procesal, parece ser que esta realidad no es ajena al caso ecuatoriano; pues, nuestra normativa interna está destina a entrar en crisis, que también puede ser de diferente modalidad e intensidad, y que desde el punto de vista del autor afecta a la coherencia, unidad, plenitud, racionalidad y funcionalidad del Derecho.

En interés de vislumbrar que esta crisis sea superada, no podemos dejar de lado la labor de la academia para detectar los problemas de la realidad procesal ecuatoriana. Más allá del análisis en cuanto a los nudos críticos que han sido expuestos en este trabajo, es importante proponer soluciones que viabilicen la aplicación coherente y uniforme de las normas jurídicas por parte de los operadores judiciales; así pues, consideramos apropiado la amplia difusión de los fallos provenientes de la Corte Constitucional y Corte Nacional de Justicia a través de sus Salas Especializadas, en lugar de absolución de consultas sin efecto vinculante.

Por último, conscientes de que la crisis también representa una oportunidad, es posible generar una cultura jurídica de buenas prácticas en materia procesal, como aplicar el principio de verdad, buena fe y lealtad procesal en el contexto de una audiencia oral; en donde las partes en ejercicio de sus derechos y, con el auxilio de la defensa técnica, llevan al conocimiento de la "justicia del Estado" el objeto controvertido y la expectativa razonable de que se haga justicia a través del proceso.

Referencias

Alzamora, M. (1982). Introducción a la Ciencia del Derecho. Lima.

Armenta Deu, T. (2015). Lecciones de derecho processal civil. Barcelona: Marcial Pons.

Ávila, R. (2012). Los derechos y sus garantías, ensayos críticos. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

Cano, A. (2014). Oralidad, Redacción y Convivencia y Texto jurídico: Conflicto Argumentación y Convivencia Pacifica. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andres Morales.

Cano, A. (2016). El texto jurídico redacción y oralidad: Conflicto, argumentación y convivencia. Bogotá: Linotipia Boivar.

Carnelutti, F. (1944). Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: UTEHA.

Chiovenda, G. (1999). Curso de derecho procesal civil. México: Oxford University Press.

Couture, E. (1945). Proyecto del Código de Procedimiento Civil. Montevideo: Impresora Uruguaya.

Couture, E. (1985). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: De Palma.

Corte Constitucional del Ecuador. (s.f.). Sentencia N°. 108-15-SEP-CC, Caso Nro. 0672-10-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 0999-09-JP

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1784-12-EP/20, Caso No. 1784-12-EP

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N. 092-14-SEP-CC, caso N. 0125-12-EP

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N. 013-15-SEP-CC, caso 0476-14-EP

Diez, L., & Gullón, A. (1990). Sistema de derecho civil. Madrid: Tecnos.

Echandía, D. (2012). Pruebas procesales (Vol. II). Temis.

Echandía, H. (1985). Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Gelsi, A., Véscovi, E., & Torello, L. (1988). Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Madrid: Ministerio de la Justicia.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (s.f.).

López, H. (1997). Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Bogotá: Dupre.

López, M. (2006). Obligatoriedad del Precedente Constitucional, Análisis de sentencias y Líneas Jurisprudenciales y Teoría del Derecho Judicial. Bogotá: LEGIS S.A.

Monroy, J. (2012). Derecho Procesal Civil (Vol. VI: Postulación del Proceso). Lima: Jurista Editores.

Olmedo, C. (1975). La excepsión procesal. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Palacios, L. (1977). Derecho Procesal Civil (Vol. VI). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ramírez, N. (Marzo de 1998). Saneamiento del proceso. Revista Peruana de Derecho(II), 525.

Redenti, E. (2001). Las funciones del juez y de las partes, en Actos del juez y prueba civil. Bogotá: Juridica Bolivariana.

Satta, S. (1971). Los poderes del juez: Manual de Derecho Procesal Civil (Vol. I). Buenos Aires: Ejea.

Taruffo, M. (1999). Racionalidad y crisis de la ley procesal (22 ed.).

Taruffo, M. (1999). Racionalidad y crisis de la ley procesal (Vol. 22). Doxa.

Taruffo, M. (1999). Racionalidad y crisis de la ley procesal (22 ed.).

Valdez, D. (2009). El Maestro Héctor Fix-Zamudio (Vol. 42). México.

Véscovi, E. (2006). Teoría General del Proceso (Segunda ed.). Bogotá: Temis.

El poder del Juez Indígena frente al Debido Proceso.

Rafael Ángel Ramírez Restrepo [1]

El presente artículo de reflexión tiene como objetivo principal desarrollar el concepto sobre los poderes que ostenta el juez indígena dentro de su jurisdicción especial; esto, a la luz del debido proceso como uno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia en el artículo 29, el cual, independiente de que se trate de jurisdicciones especiales, aplica para todas las categorías de personas.

El debido proceso, sin duda, atañe a todo lo referente a las actuaciones judiciales y también administrativas; esta garantía constitucional no puede vulnerarse en ninguna de las etapas procesales, incluso si estas se surten en sede especial como lo es la jurisdicción especial indígena.

En razón de lo anterior y con base en los poderes judiciales que han sido otorgados a los jueces indígenas según el Convenio 169 de la OIT y el artículo 246 de la Constitución de 1991, las decisiones de estos jueces son autónomas en relación con las demás jurisdicciones, pero deben tener en cuenta las garantías y derechos fundamentales que son inherentes tanto al ser humano como al procedimiento que se surte.

En este orden de ideas, el artículo, además de desarrollar el concepto del poder judicial de los jueces indígenas, pretende exponer, en el contexto procesal, la evolución que han tenido los poderes del juez en la jurisdicción indígena.

Resumen: El propósito es presentar un texto concreto y de carácter jurídico que permita conocer, amparados en el artículo 246 de la Carta Política de Colombia, los poderes del juez indígena en sus decisiones autónomas y, desde luego, con el respeto de los derechos y garantías de sus asociados, en especial el derecho de defensa y la doble instancia, en el marco de su competencia.

Se darán unos conceptos básicos, se tomarán normas legales y constitucionales, y soportes jurisprudenciales, que permitan generar, en el juez indígena, competencias, destrezas y habilidades que lo habiliten para ejercer de manera dinámica su rol como juzgador al momento de investigar y sancionar a miembros de su comunidad.

Sería, entonces, un aporte académico y jurídico a la noble tarea de administrar justicia, específicamente en comunidades indígenas, en el marco del respeto a los principios generales que orienta el debido proceso y las garantías que protege la Constitución Política, además de tener en cuenta la cosmovisión propia de la comunidad que se trate, así como la diversidad étnica y cultural.

Palabras clave: poderes, juez, autonomía, diversidad, étnico, cultural.

1 Abogado Universidad de Medellín, doctorando en Derecho Procesal Conteporaneo de la Universidad de Medellin, magíster en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, especializado en Derecho Penal y Criminalística y especialista en Legislación Ambiental, de la Universidad de Medellín; especialista en Investigación Criminal y Juzgamiento en el sistema penal acusatorio, de la Universidad Católica de Colombia; especialista en Derechos Humanos de la Universidad Santo Tomas, docente universitario y defensor público ante los tribunales superiores de la ciudad de Medellín Antioquia.

The power of the Indigenous Judge against Due Process

Rafael Ángel Ramírez Restrepo

Abstract: The purpose is to present a concrete and legal text that allows to know the powers of the indigenous judge protected in article 246 of Colombia's political charter, in their autonomous decisions and of course with respect for the rights and guarantees of their associates in particular the right of defense and double instance, within the framework of its competence.

Some basic concepts will be given, legal, constitutional regulations and supports will be taken jurisprudential, which allow the indigenous judge to generate competences, skills and skills that allow it to dynamically exercise its role as a judge in its community at the time of investigating and sanctioning members of indigenous communities the ones he belongs to.

It would, then, be an academic and legal contribution to indigenous communities in the noble task of administering justice within their communities where they must respect the general principles that guide due process and make the guarantees protected by the political constitution prevail, from the beginning. point of view of the worldview of the universe and of ethnic and cultural diversity.

Key Words: powers, judge, autonomy, diversity, ethnic, cultural.

Introducción

El tema, respecto al poder del juez indígena frente al debido proceso, tiene relación con el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia que autoriza a estos jueces para crear sus propios procedimientos de investigación, juzgamiento e imposición de penas, de acuerdo con sus tradiciones, usos y costumbres, siempre y cuando se respeten los principios del debido proceso, el derecho de defensa, de legalidad de los delitos y las penas a imponer; además, prohíbe la imposición de sanciones que afecten la dignidad humana y los derechos humanos, tal como se expresa en el artículo constitucional referido, así :

Artículo 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional (Constitución Política, 1991).

Sin embargo, es importante destacar que el poder judicial del juez indígena no solo se encuentra regulado en la Constitución de 1991, que en efecto abrió las garantías a los pueblos nativos o indígenas, sino también al Convenio 169 de la OIT que desde tiempo atrás se venía pronunciando sobre los límites que tienen las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer su jurisdicción.

La determinación de la competencia en el juzgamiento de miembros de comunidades indígenas, es de donde se extrae la legalidad y constitucionalidad de la actuación (Ramírez, 2013), así como también de los convenios internacionales y de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Suprema de Justicia.

El indígena infractor de una disposición al interior de su comunidad, debe ser juzgado por el Gobernador, pues este es el competente para iniciar investigación y posterior juzgamiento según el artículo 246 Carta Política, se les debe juzgar por la justicia indígena, en razón a la diversidad étnico-cultural (Ramírez, 2013).

A la luz de la autonomía de los pueblos indígenas, reconocida en la Constitución de 1991 (Ramírez, 2013), los jueces indígenas ejercen facultades jurisdiccionales dentro de sus territorios, y pueden investigar y juzgar a sus miembros de acuerdo con sus propias normas sustanciales, y según sus usos y costumbres; no obstante, aunque tienen la facultad de reglamentar sus procedimientos de juzgamiento, deben respetar los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en las leyes, en especial, el debido proceso,

el derecho de defensa y el derecho a la vida; por lo tanto, la tortura y la esclavitud no están permitidas y no pueden hacer parte del procedimiento judicial indígena.

La estructura de este documento está determinada en varios ejes temáticos, así: **I.** - El carácter multiétnico y pluricultural de Colombia; **II.** - El respeto de garantías y la diversidad étnico-cultural de nuestros pueblos indígenas; **III.** - El fuero indígena; **IV.** - El convenio 169 de la OIT; **V.** - El carácter público de las decisiones de las autoridades indígenas soportado en jurisprudencia nacional e internacional sobre el tema de la autonomía indígena. **VI.** - El respeto de derechos y garantías de todos los asociados a la República de Colombia, según el artículo 29 de la Carta Política. Se termina con unas conclusiones y la bibliografía aplicable al tema tratado.

1. El carácter multiétnico y pluricultural de la república de Colombia

A partir de la vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, se dieron a conocer normas tendentes a comprender las principales transformaciones en relación con el carácter multiétnico y pluricultural de la Nación.

En el contexto de este artículo, la interculturalidad consiste en garantizar al ciudadano un proceso judicial ajustado a las tradiciones y costumbres de una comunidad particular, acatando lo que la Constitución manda en relación con el respeto de los derechos humanos (Padilla, 2012).

La naturaleza multiétnica colombiana (artículo 7 C. P.) da lugar a la adopción del principio del respeto por la diversidad étnica. En ese escenario, el Estado colombiano ha reconocido y admitido la existencia de comunidades culturales diversas, lo que permite a las personas y grupos humanos, como lo dice la Corte Constitucional colombiana, "definir su identidad, no como ciudadano, en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos" (Corte Constitucional, Sentencia T - 496 de 1996).

El artículo 11 de la Carta Política, siguiendo las tendencias internacionales, establece que:

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

Es por ello que se puede apreciar que el Estado en Colombia:

> Se vio enfrentado a un nuevo escenario en donde la bandera de los derechos humanos ha tomado el lugar que tenía la revolución social hace unas décadas, transformación fundamental, porque implicó el paso de un modelo clásico de Estado liberal, en donde la función fundamental del Estado era la protección a la propiedad individual, a un Estado organizado para defender y garantizar la plena realización de los derechos humanos internacionalmente reconocidos (Ramírez, 2013).

2. Derechos fundamentales y la diversidad étnica y cultural

La diversidad étnica y cultural y la autonomía de la que gozan las comunidades indígenas están consagrados en la Constitución, en los tratados internacionales sobre derechos humanos, firmados y ratificados por Colombia, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y en parte de la legislación nacional, pues estos son sin duda los marcos normativos de referencia para las poblaciones indígenas (Ramírez, 2013).

Estos reconocimientos implican derechos territoriales, jurisdicción propia, reconocimiento y protección de sus usos, costumbres, tradiciones, su gastronomía, su espiritualidad, su modo de vestir, su hábitat, su lengua y su cultura, y el otorgamiento de un espacio legal particular con capacidad para autogobernarse, manejar recursos propios, emitir normas y sancionar.

Sin embargo, la normativa sobre el reconocimiento de la diversidad étnico-cultural no presupone una escisión definitiva entre las comunidades indígenas, reconocidas en su especificidad, y el contexto nacional, ya que, si bien los pueblos indígenas son autónomos y tienen derecho a autogobernarse, también deben coordinarse, armonizarse y conciliarse con el principio de unidad nacional, es decir, con las normas generales y las obligaciones de la Nación.

En Colombia, a pesar de que constitucionalmente existe un catálogo muy extenso de derechos humanos fundamentales, en concordancia con las declaraciones de derechos y con el derecho internacional de los derechos humanos, en ocasiones su aplicación se vuelve problemática en la medida en que un derecho fundamental se enfrente a otro, y de ocurrir dicha situación se debe de ponderar atendiendo al núcleo esencial de cada derecho.

En materia indígena, al decir de la Corte Constitucional

> […] existe una tensión entre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que estos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la

> convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal... (Corte Constitucional. Sentencia T - 254 de 1994).

La Constitución colombiana de 1991, en la búsqueda de una solución a esta tensión, no adopta ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional; propugna, por el contrario, por el respeto a los parámetros valorativos de los distintos pueblos indígenas. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta.

En otras palabras, el derecho a la diversidad étnica y cultural, en el escenario de la jerarquía dogmática mencionada, solo puede verse limitado por la defensa prevalente de los derechos a la vida y a la integridad personal; sobre el particular la Corte ha dicho:

> La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de estas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional -diversidad, pluralismo- y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no pueden ser objeto de disposición por parte de la ley, pues pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural (Corte Constitucional. Sentencia T - 254 de 1994).

3. El fuero indígena

Terminado el proceso de la independencia, el Congreso de la República y el Gobierno expidieron una serie de normas dirigidas a regular los resguardos indígenas y algunas formas de organización social asociadas a los territorios. Con esa finalidad se aprobaron: la Ley de Auxilio de los Indígenas el agosto 3 de 1824, Ley 85 de junio 10 de 1871, Ley 11 de 27 de abril de 1874 y la ley 89 de noviembre 25 de 1890; estas disposiciones consolidaron el fuero indígena.

En el plano legal, en desarrollo del pluralismo jurídico que promueve la Constitución, el marco nacional está constituido por el denominado "fuero indígena" que es una compilación de normas y procedimientos especiales que regulan todo el escenario de las relaciones entre la sociedad nacional y los diferentes pueblos indígenas (Ramírez, 2013).

Con posterioridad a la expedición de la Ley 89 de 1890, se profirió una serie de normas especiales que constituyen el ordenamiento legal indigenista denominado "fuero indígena". La normativa del "fuero" ha sufrido una interesante evolución: de una posición abiertamente paternalista que consideraba a los indígenas como menores de edad, sujetos de tutela del

Estado, lentamente se fue desarrollando una legislación que propendía por la autonomía y la igualdad de derechos y oportunidades con los demás ciudadanos colombianos (Ramírez, 2013).

En segundo lugar, encontramos la Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 de 1989 de la OIT. La adopción de esta normativa tuvo que ver con la evidencia de que:

> […] en muchas partes del mundo [...] los pueblos indígenas [...] no gozan de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados nacionales en que viven, y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión (Convenio 169 de 1989 de la OIT).

A este respecto los literales a) y b) del numeral 2 del artículo 2 del convenio 169 de la OIT establecen que los gobiernos deberán implementar medidas que "aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación otorga a los demás miembros de la población". Y que estos promuevan la efectividad de los derechos económicos y culturales de estos pueblos sobre la base fundamental del respeto a su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones.

El exmagistrado (Q. E. P. D.) Carlos Gaviria Díaz, en la Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, expresó, respecto del fuero indígena, lo siguiente:

> Ahora bien, el reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva del derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de un ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo (Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996).

> Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer de dicho hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora podemos señalar que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad; y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante porque, algunas veces, se atiende al fuero personal, o al territorial, indistintamente para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso (Corte Constitucional T-496 de 1996).

Criterios para la determinación del fuero indígena

Las comunidades indígenas tienen el derecho a que la jurisdicción indígena sea respetada, de manera que, una vez asumido un caso para su conocimiento, la decisión adoptada tiene la misma jerarquía de una sentencia ordinaria. Se ciñen entonces al respeto a la vida, a la prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos, y al debido proceso, al igual que al respeto de la diversidad étnico-cultural, ya que a mayor

conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía (Ramírez, 2013); es por ello que la Corte determinó varios criterios para ubicar el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena, así:

> El criterio objetivo, que se refiere a que en principio cualquier controversia que se presente en un territorio indígena debe ser resuelta en su comunidad; en segundo lugar, el criterio territorial, que se refiera a que la comunidad puede juzgar cualquier conducta cometida en su ámbito geográfico o espacial; en tercer término, el factor personal, que se refiere a que si se trata de un miembro de la comunidad indígena debe ser juzgado por esta, teniendo en consideración el grado de pertenencia y de integración del sujeto a su comunidad, es decir, que comparta su propia cosmovisión, criterio que también recibe el nombre de criterio subjetivo. Por último, se debe tener en cuenta también el factor institucional, es decir, que exista una serie de normas, procedimientos y costumbres que tengan cierto grado de predictibilidad de carácter genérico (Corte Constitucional T-496 de 1996).

Para determinar los componentes del fuero indígena, es importante entender:

¿Qué es ser indígena?

Es pertenecer a un pueblo y a una cultura indígena, es compartir una comunidad con reglas y valores, que es vernácula (anterior a la llegada de los españoles a América). Además, el ser indígena implica el ser heredero y practicante de una cultura única, con características sociales, económicas y políticas que son distintas a las de las sociedades dominantes (un.org, s. f.).

¿Quién es indígena?

El derecho a ser indígena comienza con el autorreconocimiento de ser indígena, manifestado en el respeto a la identidad colectiva, a la cosmovisión, a la conciencia, a la personalidad, en suma, a la libertad individual.

¿Cuándo se deja de ser indígena?

Se deja entonces de ser indígena, cuando no se preservan, no se desarrollan y no se trasmiten a generaciones ancestrales sus identidades como base de la existencia continua como pueblos y se rompe con esos patrones culturales--trajes, medios de vida, estilos de vida, preservación de la

naturaleza, idioma--, se desconocen sus instituciones culturales --danzas, jefes, chamanes, médicos curanderos-- y no se acatan sus sistemas legales --resistencia a la autoridad del gobernador o del cacique--, según el caso.

¿Quiénes definen el fuero indígena?

Cuando el indígena está desarraigado de su comunidad y se encuentra fuera de su resguardo, es cuando empieza a tener importancia y a ser objeto de análisis el fuero indígena, ya que se desprende del componente territorial y sigue conservando su fuero personal, pero es el mismo indígena el que resuelve seguir conservando sus patrones culturales o no. Pero es curioso quien define la calidad de indígena o no es propiamente el operador ordinario colombiano, más exacto, el Consejo Superior de la Judicatura, por medio de conflictos de competencia; también la Corte Constitucional, por vía de tutela o amparo, define esa calidad, dejando de lado la posibilidad de que sean los mismos congéneres en sus comunidades los que definan dicha situación legal (Ramírez, 2013). Sin embargo, las relaciones indígenas se han venido entendiendo no solo como un arraigo al fuero por el territorio sino también como la identificación cultural y el sentir del individuo que ha pertenecido a la comunidad indígena, pues ese vínculo personal, si así lo desea, será útil en el momento de un proceso, pues es su identidad.

¿Se puede renunciar al fuero indígena?

La Corte Constitucional también determinó la posibilidad de renuncia a la jurisdicción indígena o al fuero especial, mediante tres supuestos, a saber:

> […] (i) la renuncia de la comunidad al ejercicio de la jurisdicción indígena; (ii) la renuncia del miembro de la comunidad al fuero, por considerar que no se considera indígena o que desiste o reniega de dicha calidad; y (iii) la sanción por parte de las autoridades indígenas que ante determinadas conductas del miembro de la comunidad establecen como pena la renuncia a ser miembro de la comunidad a que pertenecen (Corte Constitucional T-001 de 2012)

Podríamos decir, entonces, que se puede renunciar a la calidad de ser indígena y que, además, al no dar cumplimiento a los patrones culturales y desconocer las instituciones culturales y sus sistemas legales, el individuo debe ser relegado del contexto cultural de la calidad de ser indígena. En consecuencia, la renuncia a la calidad de indígena conlleva automáticamente la renuncia a la Jurisdicción Especial Indígena y al fuero indígena, ya que ambos son un solo cuerpo y no podría renunciar a la primera sin conllevar lo último (Ramírez, 2013).

Podremos apreciar diversos pronunciamientos sobre el particular, donde no existe acuerdo ni en el interior del Consejo Superior de la Judicatura --dos criterios diferentes en menos de cuatro (4) meses--, ni tampoco por parte de la Honorable Corte Constitucional sobre el tema, ya que esa posibilidad de renuncia al fuero indígena se da precisamente por fuera de sus resguardos indígenas.

Desde los tres ámbitos estudiados no ha sido resuelto de manera puntual por parte de la Corte Constitucional el tema de la renuncia al fuero indígena, aunque hay que tener en cuenta que inicialmente la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura había establecido la imposibilidad de renuncia al fuero por considerar que con ello se vulneraban los principios del juez natural, el ejercicio del derecho del indígena comprometido en el conflicto, así como el derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la justicia, pero en reciente decisión varía criterio de su homólogo y no aplica lo consignado por la Corte Constitucional sobre la irrenunciabilidad del fuero indígena (Ramírez, 2013).

Decisión de la Corte Constitucional sobre la no renuncia al fuero indígena de los miembros de una comunidad indígena.

La Corte Constitucional, en la Sentencia de tutela T-001 del 11 de enero de 2012, en el expediente número T-2.801.872, con ponencia del magistrado Juan Carlos Henao Pérez, admite de manera tangencial la posibilidad de esa renuncia, ya que afirma que el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena son irrenunciables, pero cuando se trata de un miembro de una comunidad indígena que decide renunciar a la condición de indígena en un caso concreto, el juez constitucional deberá tener en cuenta los siguientes parámetros, así:

1. Que la renuncia sea definitiva.

2. Que sea en desarrollo de principio de autonomía.

3. Que no sea utilizada como una estrategia para recibir un mejor trato de parte de la jurisdicción ordinaria.

4. Que se manifieste mediante una convicción íntima de no querer seguir siendo miembro o parte de la comunidad a la que pertenece. Sin los anteriores parámetros, se limitarían los principios de identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas; sería, entonces, una renuncia implícita no a la condición de indígena, sino a la jurisdicción especial indígena y al fuero indígena.

Se apoya la Corte Constitucional en el principio de maximización de la autonomía de los pueblos indígenas y la minimización de restricciones; así, determinó que la renuncia a la JEI y al fuero indígena no implica que no pueda

aplicársele dicha jurisdicción especial.

Además, determinó que los indígenas sí pueden renunciar a su justicia, si así lo desean, pero también deben hacerlo de su condición como indígenas. Contrario a ello , el Consejo Superior de la Judicatura, en Sentencia del radicado número 19001110200020120042701, de su Sala Jurisdiccional Disciplinaria, del 18 de octubre de 2012, con ponencia del magistrado Pedro Alonso Sanabria, precisó que el fuero indígena como derecho es irrenunciable, ya que hace parte de la autonomía e institucionalidad referida a la existencia de autoridades, usos, costumbres y procedimientos de esas comunidades, y que los indígenas no pueden elegir, por conveniencia, entre la jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena (Ramírez, 2013), para que los juzguen cuando cometan conductas constitutivas de delitos. Dijo el Consejo Superior de la Judicatura:

> Dentro de su sistema de enjuiciamiento se garantizó el derecho a la defensa, sin que pueda considerarse que haya sido desconocido por el hecho de no haber participado un defensor en el proceso, pues, de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad
> indígena Yaquiva, es el propio inculpado quien puede ejercer el derecho a la defensa.

En la misma decisión, expresó:

> No es posible que individualmente se pretenda elegir a su juez, soslayando el principio del juez natural, más por factores de conveniencia que de verdadera justicia. La aplicación del derecho indígena y su eficacia se originan en la aceptación de sus autoridades; por ello, resulta algo incomprensible que uno de sus miembros quiera desconocer sus raíces, sus usos y costumbres.

El fuero indígena es un derecho renunciable

El Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, mediante sentencia del 13 de enero de 2013, en el radicado 11001010200020120199800, y con ponencia del magistrado Henry Villarraga, asumió una nueva posición jurisprudencial sobre los conflictos surgidos entre las jurisdicciones ordinaria e indígena, al concluir que los aborígenes sí pueden renunciar al fuero especial que los cobija.

La Sala Disciplinaria se apartó de la posición asumida por la Corte Constitucional en la Sentencia T-001 del 11 de enero de 2012, sobre la posibilidad de que sea el resguardo el que renuncie al derecho de juzgar a sus integrantes, y consideró admisible que el aforado se abstenga de ser procesado por las autoridades de la comunidad a la que pertenece, siempre que esto no tienda a la impunidad, vulnere los derechos de las víctimas o implique apartarse de su identidad cultural; en consecuencia expresa:

Así las cosas, el aforado puede manifestar su intención de que la justicia ordinaria intervenga en su litigio, sin que esto implique la pérdida de su condición de indígena o esta sea una condición de validez de dicha manifestación de voluntad. Vale la pena mencionar que manifestó que "es irrenunciable, en el marco de la autonomía e institucionalidad referida a la existencia de autoridades, usos costumbres"

Recientemente, en decisión de Tutela número STP4954-2019, radicación 107235, de 29 de octubre de 2019, la Corte Suprema de Justicia consideró que es procedente la acción de tutela contra las decisiones adoptadas por las autoridades de los pueblos indígenas en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales autónomas, y admitió que contra esas decisiones los afectados carecen de mecanismos efectivos de protección a instancias superiores, es decir, no tienen doble instancia, considerando que se encuentran en situación de indefensión frente a esa decisión, y lo sustenta en sentencias de la Corte Constitucional en vía de tutela como T-254/94, T-811/04 y SU-510/98, reiterada en T-523/12.

Consideró la Corte:

[…] En otras palabras, la facultad de los pueblos indígenas de impartir su propia justicia está, en todo caso, sometida al respecto de los derechos a la vida, a la prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos, y al debido proceso.

Y agrega:

En ese entendido, un juicio que se adelante por las autoridades indígenas con violación al debido proceso está incumpliendo con lo ordenado en la Constitución y demás instrumentos jurídicos que integran el bloque de constitucionalidad y, por ende, debe ser anulado.

Con respecto a la renuncia al fuero indígena, expuso:

Ámbito de validez material: hace relación a las materias que pueden conocer las autoridades indígenas. Sobre este particular es necesario resaltar que las autoridades indígenas, a diferencia de los demás jueces colombianos, tienen una competencia material general, es decir, que pueden conocer todos los asuntos que puedan llegar a vulnerar la integridad étnica de los pueblos indígenas, esto es, que la jurisdicción especial no se limita al campo del derecho penal.

Ámbito de validez personal: este se interesa en analizar la competencia atribuida al legislador, para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional, pues si bien aún no se ha dado desarrollo legal sobre esta materia, la última parte del artículo 246 establece la necesaria coordinación entre los distintos sistemas, lo que puede llegar a generar conflictos de competencia.

Para resolver estos conflictos de competencia, la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-496 de 1996, ha establecido una serie de reglas básicas:

> • Cuando el conflicto jurídico se presenta entre miembros de una misma comunidad y en el territorio de esta (conflicto intraétnico), en aplicación de los llamados fueros territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer las funciones judiciales, sin importar la materia sobre la cual verse el conflicto.
> • Cuando el conflicto jurídico se desarrolla entre dos sujetos de distintas comunidades étnicas o culturales, caso en el cual se pueden dar dos situaciones:
> •Cuando la situación jurídica solo es regulada por el ordenamiento nacional, en principio los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero, como se encuentran con una persona de otra comunidad cultural, tienen la obligación de determinar si el sujeto entendía la ilegalidad de su conducta, para efectos de reconocerle o no el derecho al fuero. En este evento se pueden dar dos situaciones: si el sujeto entendía la irreprochabilidad jurídica de su conducta.

Definido, entonces, que al miembro de la comunidad es investigado y juzgado al interior de la misma, cobra especial relevancia lo referente a que se le respeten los derechos y garantías del debido proceso.

Entonces, la situación de la renuncia o no del indígena a la calidad de ser indígena y que ello no implica la renuncia a la JEI y al fuero indígena queda supeditada a una amplia y discreta interpretación del juez constitucional que resuelva la situación en el caso concreto, y no corresponde a los pueblos indígenas definir esa situación (Ramírez, 2013)

4. El Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 de la OIT fue integrado al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991, como un instrumento internacional de derechos humanos y especiales, aprobado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima reunión del 7 de junio de 1989.

El tratado obliga al Estado colombiano para asumir acciones concretas en relación con las medidas dirigidas a promover, proteger y garantizar

los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos, el derecho a la autonomía, fundamentado en la consulta previa, y el derecho a definir sus prioridades de desarrollo y a tener su propias instituciones y autoridades (Ramírez, 2013)

El artículo 6 de la Ley 21 de 1991 consagra que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas, mediante los procedimientos adecuados, a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas, legislativas o administrativas, susceptibles de afectarlos directamente (Ramírez, 2013).

Componentes esenciales del Convenio 169 de la OIT

Se enuncian como tales las siguientes:

1. Proteger de los derechos humanos y derechos especiales de los pueblos indígenas y tribales de países independientes.

2. Fortalecer el goce de derechos fundamentales por parte de personas que integran los grupos étnicos.

3. Promover el respeto de sus formas particulares de vida, relacionadas con su cultura, cosmovisión, valores, costumbres, creencias, lengua, formas de organización social, de economía, de relación con el entorno, de educación.

4. Reconocer los vínculos de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales, incluida su relación cosmográfica con la Tierra, al reconocer los derechos a los territorios ocupados tradicionalmente.

5. Derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en los territorios, a la protección de su relación ecosistémica con estos. Tales derechos comprenden el de participar en la utilización, administración y conservación de los recursos que existan en los territorios.

5. El carácter público de las decisiones de las autoridades indígenas soportado en jurisprudencia nacional e internacional sobre el tema de la autonomía indígena

Las parcialidades o comunidades indígenas son "entidades públicas de carácter especial, encargadas de proteger a los indígenas", cuya administración corresponde a los cabildos y a las autoridades tradicionales (Consejo de Estado. Concepto de Sala de Consulta del 16 de noviembre de 1983). Esto significa que las autoridades tradicionales indígenas cumplen funciones públicas y, en tanto ello, tienen la condición de autoridades públicas.

Es más, respecto de las autoridades tradicionales y los cabildos indígenas la locución "autoridad pública" no es sinónimo de "autoridad administrativa", porque si bien es cierto que cumplen este tipo de funciones, como se desprende de la lectura del artículo 330 de la Constitución, también lo es que en virtud a lo dispuesto en el artículo 246 constitucional tienen también funciones jurisdiccionales, administrativas y legislativas.

Se anuncia en las comunidades indígenas que la principal competencia de sus autoridades es la sabiduría que se expresa en la palabra, y la palabra es justicia; por ello debe ser mirada y estudiada a la luz de tres ámbitos: el material (conductas), el personal (sujetos), y el espacial (lugar), de acuerdo con el sistema jurídico nacional; en caso contrario, el juez deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su cosmovisión y su especial conciencia étnica.

En caso de que la conducta sea regulada en ambos ordenamientos, es claro que por la diferencia de racionalidades, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica de la persona y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea devuelto, juzgado y sancionado conforme al sistema jurídico de su comunidad a través de sus autoridades o por las autoridades nacionales.

Frente al ámbito personal, observamos que, a pesar de que no se ha realizado un desarrollo legal sobre la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial Nacional, y el artículo 246 de la Carta Política se establece la necesaria coordinación entre los distintos sistemas, a modo de evitar un conflicto de competencias.

Ámbito de validez territorial: la norma constitucional (art. 246 C. P.), como las normas legales que regulan la materia, (arts. 11 y 12 Ley 270 de 1996) determinan claramente que las competencias judiciales de las autoridades de los pueblos indígenas están limitadas en principio a la resolución de los conflictos que se presenten en sus territorios ancestrales.

Para ello se creó una estructura que asuma la discusión, análisis y definición de los problemas, el Consejo de Justicia Indígena, que funciona por zonas y está integrado por un número de 5 a 10 personas; en este consejo participan los miembros de las comunidades reconocidas, para dar buenos consejos y ser autoridades tradicionales; los miembros deben ser de diferentes familias, una parte debe ser adulta y otra parte joven, y ser elegidos en un encuentro de las zonas, encuentro en el cual se determinen los intereses y niveles de autoridad para que los problemas se puedan abordar entre todos y no se contradigan permanentemente sus decisiones con el argumento de que se está defendiendo a una familia en particular. Por ello dividen sus conductas en tres grandes bloques, así:

Delitos sociales: se pueden incluir los delitos de desobediencia, rebelión, homicidio, lesiones personales, entre otros.

Delitos culturales: se ha orientado a los promotores de salud de las comunidades para que, ante denuncias de maleficios o tomas, se examine al afectado para verificar la enfermedad, pues se han presentado casos de enfermedades de origen somático que son vinculadas a la acción de algún miembro de la comunidad.

Delitos de tierras y recursos naturales: la deforestación sin justa causa, la destrucción de cultivos de una parcela, contaminación de ríos o quebradas, la invasión de territorios de una comunidad.

5. El respeto de derechos y garantías de todos los asociados a la república de Colombia en el artículo 29 de la Carta Política.

Tal como se ha referido, en materia penal las comunidades indígenas podrán fijar sus propios procedimientos de investigación, juzgamiento e imposición de penas, de acuerdo con sus tradiciones, usos y costumbres, siempre y cuando se respeten los principios del debido proceso, el derecho de defensa, y la legalidad de los delitos y de las penas a imponer y, desde luego, la prohibición de imponer sanciones que afecten la dignidad humana y, en general, de los derechos humanos.

Si bien las autoridades indígenas, en razón a la autonomía que regula el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia, pueden ejercer esas facultades jurisdiccionales en su territorio, deben respetar el artículo 29 de la carta política de Colombia, que expone :

> Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio indígena, donde se observe la conservación de la diversidad como presupuesto necesario para la unidad nacional.

Con relación a las formas de gobierno, para el caso de los territorios indígenas, en razón al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, los pueblos indígenas llegan a tener un alto grado de soberanía administrativa, presupuestal y financiera, así como la autonomía cultural, política y jurídica, para decidir, inclusive sobre sus prioridades, en lo que hace relación al proceso de desarrollo.

La aceptación constitucional de la autonomía judicial indígena tiene como finalidad dotar a estos pueblos de herramientas necesarias para la protección efectiva de sus derechos fundamentales como sujetos colectivos, y proteger especialmente su identidad y territorio.

La jurisdicción especial indígena es la facultad que la Carta Política, en su artículo 246, reconoce a las autoridades indígenas, para que resuelvan los conflictos que se presenten en sus territorios, de acuerdo con sus cosmovisiones, de conformidad con sus propias normas, siempre y cuando no violen las disposiciones constitucionales.

El derecho a la diversidad étnica y cultural solo podrá verse limitado cuando se afecte un principio constitucional del debido proceso o un derecho fundamental de alguno de los miembros de la comunidad, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho a la diversidad, como el derecho a la vida y a la integridad personal.

La competencia de las autoridades indígenas es del ámbito de validez material, es decir, conocen de todos los asuntos que lleguen a vulnerar la integridad étnica y cultural; para ello dividen las conductas atentatorias en sociales, culturales y del ambiente sano o recursos naturales, a diferencia de los demás jueces colombianos que se especializan en determinada área del derecho.

Cuando el conflicto jurídico se presenta entre miembros de una misma comunidad y en el territorio de esta (conflicto interétnico), en aplicación a los llamados fueros personales y en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.

Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Tal como se expuso en este texto concreto y contenido jurídico, los jueces indígenas colombianos, al emitir decisiones que vulneren el principio constitucional del debido proceso --cuya importancia es la búsqueda de un orden justo--, tales decisiones podrán ser objeto de nulidades por parte de los jueces ordinarios por vía de tutela, interpuesta por de los miembros de las comunidades que se consideren vulnerados, ya que no cuentan con mecanismos efectivos de protección o instancias superiores a las que pudieran recurrir, así como de los medios de defensa judicial para poder controvertirlas, ya que las decisiones de las autoridades indígenas debidamente reconocidas no cuentan con la segunda instancia.

Conclusiones

Con posterioridad a la expedición de la Ley 89 de 1890 --considerada como la Constitución de los pueblos indígenas de Colombia--, se profirieron normas especiales que constituyen el ordenamiento legal indigenista denominado fuero indígena. La normativa del fuero ha sufrido una interesante evolución, ya que pasó de una posición paternalista que consideraba a los indígenas como menores de edad, sujetos de protección del Estado, a una legislación que busca la autonomía e igualdad de los derechos y oportunidades como los demás ciudadanos colombianos.

Se debe reconocer que estamos ante un sistema que implica un pluralismo jurídico, constituido en la Carta Política con sistemas normativos propios de cada pueblo y fuero territorial, y que las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer las funciones judiciales sobre cualquier materia.

En la aplicación de la jurisdicción especial indígena en el ámbito internacional, se observa que durante muchos años se consideró a los Estados como los únicos sujetos de derecho internacional. Sin embargo, el derecho en la actualidad reconoce como sujetos de derecho internacional a las distintas personas jurídicas y a las personas individualmente consideradas; es por ello que el Convenio 169 de la OIT, incorporado en nuestra legislación en virtud de la Ley 21 de 1991, reconoce a los pueblos indígenas y a sus miembros como sujetos de derecho internacional, toda vez que son titulares de una serie de derechos y están vinculados por ciertas obligaciones que están contenidas en tratados y acuerdos internacionales; igualmente tienen autonomía para reclamar internacionalmente cuando son vulnerados sus derechos, reclamos que son atendidos y protegidos por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

La Jurisdicción Especial Indígena, reconocida en la Constitución Política de Colombia de 1991, si bien es un principio de competencia judicial con carácter vinculante en el orden interno colombiano, en la medida en que los pueblos indígenas colombianos tienen sistemas propios y que estos son sujetos del derecho internacional, también es un claro desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales priman en algunos casos sobre los usos y costumbres de naturaleza jurídica de los pueblos indígenas.

Finalmente, en materia penal, las comunidades indígenas podrán fijar sus propios procedimientos de investigación, juzgamiento e imposición de penas, de acuerdo con sus tradiciones, usos y costumbres, siempre y cuando se respeten los principios del debido proceso, el derecho de defensa, de la doble instancia, de legalidad de los delitos y las penas a imponer, y desde luego la prohibición de imponer sanciones que afecten la dignidad humana y, en general, los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

Benítez, H. (1998). Inimputabilidad de los indígenas en el proyecto de ley 40 de 1993. Revista Avanzada, n.° 7, p. 81.

Benítez, H. (1999). Las otras justicias. Revista Universidad de Medellín, n.° 68, p. 57.

Benítez. H. (2002) La Corte Constitucional ¿Juez Penal? el caso de la Jurisdicción Especial Indígena. Revista Opinión Jurídica, n.° 2. p. 51.

Constitución Política de la República de Colombia (1991)

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965).

Convenio 169 de la OIT (1989)

Defensoría del Pueblo de la República de Colombia. (2011). Manual para la Defensa y representación legal de comunidades y miembros de comunidades indígenas.

Informe de organización indígena del Chocó OREWA - Organización regional indígena embera waunnan - (1996)

Internet: página Web del Alto Comisionado de Naciones Unidas
www.hchr.org.com

Oficina en Colombia del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2002) Derechos de los Pueblos Indígenas. Bogotá.
Ramírez. R. (2002) El indígena frente al derecho penal. Biblioteca Universidad de Medellín.

Ramírez. R. (2013) El fuero indígena en Colombia. Revista número 57 del IIDH. Costa Rica . ISSN 1015-5074

Ramírez. R. (2014) Régimen Jurídico a aplicar a un indígena que delinque por fuera de su resguardo pero conserva el fuero personal. Biblioteca. Universidad de Medellín

Ramírez. R. (2018) ¨ lecciones de derechos humanos , paz y posconflicto
Argumentación Constitucional del Derecho Indígena en Colombia. Ponencia en congreso internacional. Libro resultado de investigación. ISBN 978-958-8800-79-3 Ediciones Nueva Jurídica. Universidad Tecnológica del Choco.

Ramírez. R. (2019) ¨ Discusiones dialécticas sobre convencionalidad y constitucionalidad ¨ Sitio de Reclusión del Indígena en Colombia. Ponencia en congreso internacional. Libro resultado de investigación. ISBN 978-958-48-7362-0. Ediciones Nueva Jurídica. Universidad Tecnológica del Choco.

Romero. N. (2004) Jurisdicción Especial Indígena , Revista de la defensoría publica de Colombia ¨ la defensa ¨ número cinco (5).

República de Colombia. Leyes 11 de 1821, 157 de 1887, 89 de 1890, 72 de 1.892, 95 de 1936

República de Colombia. Ley 21 de 1.991 (Aprobatoria del Convenio 169 DE LA OIT) y Ley 270 de 1.996

Jurisprudencia

Corte Constitucional de la República de Colombia (1992) Sentencia T 428 del 24 de junio. M.P.: Ciro Angarita Barón.
Corte Constitucional de la República de Colombia (1994) Sentencia T 254 del 30 de mayo. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
Corte Constitucional de la República de Colombia (1996) Sentencia T 139 del 9 de abril. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
Corte Constitucional de la República de Colombia (1996) Sentencia T 349 del 8 de agosto. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
Corte Constitucional de la República de Colombia (1996) Sentencia T 496 del 26 de septiembre. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
Corte Constitucional de la República de Colombia (1998) Sentencia SU 510 del 18 de septiembre. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
Corte Constitucional de la República de Colombia (1998) Sentencia T 979 del 27 de noviembre. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.
Corte Constitucional de la República de Colombia (2007) Sentencia T 009 del 19 de noviembre. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
Corte Constitucional de la República de Colombia (2009) Sentencia T 113 del 20 de febrero. M.P.: Cruz Elena Reales Gutiérrez.
Corte Constitucional de la República de Colombia (2010) Sentencia T 617 del 5 de agosto. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
Corte Constitucional de la República de Colombia (2012) Sentencia T 001 del 11 de enero. M.P.: Juan Carlos Henao.
Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia (1999) Sentencia 12043 del 15 de junio. M.P.: Fernando Arboleda Ripoll.
Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia (2003) Sentencia 16189 del 26 de noviembre. M.P.: Jorge Luis Quintero Milanés.
Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia (2010) Sentencia 34275 del 4 de agosto. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.
Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia (2019) Sentencia de tutela STP4954-2019 Radicación 107235 del 29 de octubre . M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos(2007) , Caso de Escue Zapata vs Colombia del 4 de julio . J.P. Sergio García Ramírez.

Consejo de Estado de la República de Colombia(1983). Concepto de la sala de consulta del 16 de noviembre.

Consejo Superior de la Judicatura de la República de Colombia - Sala Jurisdiccional Disciplinaria (2012) Sentencia 19001110200020120042701 del 18 de octubre. M.P.: Pedro Alonso Sanabria.

Consejo Superior de la Judicatura de la República de Colombia - Sala Jurisdiccional Disciplinaria (2013) Sentencia 11001010200020120199800 del 30 de enero. M.P

Esta revista se digitalizó en Medellín, Antioquia,
el 07 de junio de 2022

Volumen
35

TEMAS PROCESALES

La Revista Temas Procesales es una publicación de divulgación científica, propuesta para servir como plataforma de intercambio de conocimientos entre los investigadores que dedican -actualmente- al estudio del Derecho Procesal y la Justicia. su principal enfoque es convertirse en un importante recurso de investigación tanto para los estudiantes de pregrado como de posgrado relacionados con el Derecho en Colombia; en este sentido, la revista busca ser receptora de artículos elaborados por los más importantes procesalistas a nivel mundial y nacional, al mismo tiempo que pretende ser un espacio en el que los estudientes de Derecho puedan relacionarse con la creación y publicación de artículos cientificos.



Red

— Para el Estudio del Proceso y la Justicia —