



Diálogos

de Derecho y Política

NÚMERO 14 // AÑO 6 // MAYO - AGOSTO DE 2014 // ISSN 2145-2784



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

1803

Revista electrónica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia - Medellín, Colombia

Revista electrónica *Diálogos de Derecho y Política*

© Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
ISSN 2145-2784

Rector

Alberto Uribe Correa

Decana

Clemencia Uribe Restrepo

Director-editor

Cristian Zapata Chavarría

Comité Científico

Juan Antonio García Amado
Roberto Gargarella
Antonio Carlos Wolkmer
Rodolfo Arango Rivadeneira
Juan Guillermo Gómez García
Francisco Cortés Rodas

Comité Editorial

Fabio Humberto Giraldo Jiménez
William Fredy Pérez Toro
Manuel Alberto Alonso Espinal
Juan Oberto Sotomayor Acosta
Gloria Patricia Lopera Mesa
Gloria María Gallego
Mario Alberto Montoya Brand
Julio González Zapata
Lina Claudia Adarve Calle
Rafael Rubiano Muñoz

Diagramación

Oficina de Comunicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia

Contacto

revistadiálogos@udea.edu.co
<http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/>

Contenido

Editorial	4
El accidente <i>in itinere</i> o de trayecto en Colombia, España, Argentina y Chile (derecho comparado) Sandra Milena Blandón Bedoya.....	10
El ministerio público: ¿un sujeto procesal que desnaturaliza, desequilibra o salvaguarda el orden jurídico en el sistema penal acusatorio colombiano? Luz Ángela María Builes.....	31
El debido proceso dentro de las actuaciones administrativas en Colombia Andrés Raúl Cabrales Martínez.....	58
Pensiones para las personas con discapacidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano Cristina Palacio Velásquez.....	75
Algunos aspectos del principio de solidaridad en la ley 1562 de 2012, ¿es posible el aseguramiento de los trabajadores informales al sistema de riesgos laborales en Colombia? Andrés Avelino Alzate Villa	102
La provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa Mary Luz Caicedo Gutiérrez	123
Algunas tensiones a la hora de entender el derecho al medio ambiente de los pueblos indígenas originarios Boris Paul Martínez Ferro	147

Editorial

Entre lo oscuro y lo profundo de las revistas universitarias

Aunque estaba en el aire, como secreto en mal guarda, notorio pero inconfesado, el dedo en la llaga lo puso hace unos años un artículo publicado en la revista *El malpensante*, en mayo de 2009. Se llamaba *La farsa de las publicaciones universitarias*, y había sido escrito por un profesor de la Universidad de Caldas, de nombre Pablo Arango. En su momento fue distinguido nada menos que con el premio Simón Bolívar de periodismo. El nada discreto título anunciaba todo: se trataba de un memorial de agravios contra la tinta producida en la academia.

A algunos los molestó, unos pocos se animaron a replicar, desde varias trincheras universitarias del país, y otros tantos, la gran mayoría, se limitó a hacer con ese artículo lo mismo que se suele hacer con la gran mayoría de publicaciones académicas: ignorarlo y literalmente pasar la página.

Y esa era precisamente una de las principales quejas que el artículo traía sobre las revistas universitarias y los libros de sus editoriales. Pocos los leen. Porque no están hechos para ser leídos. Pocos los discuten, porque no propician discusión, y en casos excepcionalísimos, casi con escases de un mito verdadero, se da alguna clase de confrontación de ideas entre los que publican. Se decía en dicho artículo, que de las publicaciones académicas:

“Se espera... que contribuyan al avance de las disciplinas mediante la discusión abierta de cualquier tópico que se presente. También se supone que cualquier neófito o diletante con curiosidad encuentre en ellas iluminaciones sobre los fenómenos estudiados, pues tratándose de ciencias humanas, puede esperarse que sus materias sean más o menos de comercio cotidiano para todos. Sin embargo, lo anterior solo son pajaritos en el aire. Porque lo que uno encuentra cuando consulta esas revistas es una serie de escritos contrahechos, triviales, autocomplacientes y, desde luego, casi ninguna discusión o crítica genuinas. Quizá esto explique por qué la mayoría de estas revistas especializadas tiene tan pocos lectores –si es que los tienen.”

En últimas, se concluía que: *“...los autores no escriben para ser leídos, sino para engrosar su currículum y aumentar su sueldo. El público lector, por su parte, tampoco se interesa por los títulos de las editoriales universitarias.”*

La culpa de todo esto se le atribuía directamente a las políticas del Estado para la educación. En primer lugar a un remoto Decreto, el 1444 de 1992, que inventó la perversión de aumentar el sueldo a los profesores de universidades públicas que realizaran publicaciones avaladas por pares. Lo que degeneró, al interior de las academias, en autoediciones y amiguismos, y que sobre todo, empezó a robustecer un arrume de papeles escritos con el único propósito de subir de categoría y de sueldo. Lo que insertó el logrerismo y la lógica del “hacer lobby” en la academia. Más que trabajos brillantes, que empezaron a no ser necesarios, se abrió camino la idea de mover favores con bonitas sonrisas y buenos apretones de manos. La publicación científica se volvió un criterio formal y burocrático, que de cumplirse acababa en una mejoría económica, lo cual muy pronto se volvió el fin buscado en muchos casos, y lo único que justificaba el tiempo para sentarse y empuñar el bolígrafo.

Posteriormente vino el Decreto 1279 de 2002, el cual, ante los ríos de tinta que estaban corriendo esperando convertirse en monedas después, buscó corregir la situación. Implementó un sistema de bonificaciones para los docentes que publicaran un poco más complejo, aunque también más formalista. Lo que a criterio del autor no cambió mucho y fue el acicate para el desolado panorama actual que él insiste en ver. Dice concretamente:

“Pasó lo que tenía que pasar: los profesores de las áreas más propensas a la charlatanería aumentaron sus salarios muy por encima de otros que trabajaban en disciplinas donde resulta más difícil hacer pasar moneda falsa (una queja común de los profesores de ciencias naturales o de matemáticas era que para ellos era más duro publicar un artículo, mientras un poeta o un pedagogo podían publicar varios libros al año).”

Su aversión se centra en lo que considera la raíz del problema: *“Por un lado, la idea absurda de que los estímulos monetarios son un mecanismo deseable para mejorar la calidad de la producción intelectual, y, por el otro, la fijación de las burocracias académicas en requisitos apenas nominales.”*

Ese girar alrededor de criterios formalistas, hace que las publicaciones se llenen de contenidos que replican obviedades y generalidades insulsas, escudadas en cumplir los requisitos que sólo les sirven como armaduras; pero ante la ausencia de controles de fondo, dados por revisiones concienzudas a los contenidos de los artículos, o por el ojo inquisidor de los sanos detractores que ya no existen, las perogrulladas se empotran como el método fácil y rápido para publicar dentro de una universidad.

“Otro indicio de que algo anda mal tiene que ver con la casi total ausencia de crítica escrita. El único síntoma fiable de la existencia de comunidades académicas es la discusión pública. Pero en las revistas especializadas es muy raro encontrar que un colega le conteste a otro. Lo cual podría significar que la mayoría de la gente trabaja en asuntos distintos, o que están de acuerdo en casi todo o, lo más probable, que no se leen. Y recordemos que en ciencias sociales y humanas hay mucho más de noventa revistas, y más de cuatro mil grupos de investigación registrados por Colciencias.”

(...)

“Siguiendo con la caricatura, en la academia colombiana, por lo menos en lo que Colciencias llama ciencias sociales y humanas, usted puede poner por escrito casi cualquier cosa, y probablemente nadie le dirá nada.”

La conclusión es discutible, pero cuanto menos aceptable para activar la más justa de las críticas, que debe ser la autocrítica:

“Todo esto está desencaminado: la sola idea de “estímulos a la producción intelectual” es un error. El resultado más visible de la creación de esa política de estímulos fue una riada de papel, de malos escritores y de publicaciones que nadie lee. Por lo menos en humanidades, con toda certeza lo que se hubiera dejado de publicar si tal política no hubiera existido no vale la pena.”

Cuando menos allí hay algunos temas que merecen ser discutidos. Y esa discusión ha de hacerse desde adentro. Pues son las instituciones que se tienen por más avanzadas en el tema de la investigación académica las que deben empollar y propiciar este debate. Porque el discurso de las crisis sólo surge fruto de los verdaderos espacios de esplendor. Es el

verdadero acontecer del progreso en algún campo, el que trae consigo a su vez la verdadera noción de autocrítica.

La universidad de Antioquia, acreditada en alta calidad, y una de las instituciones que más recibe incentivos económicos estatales por las labores académicas de investigación, está llamada también, por ese simple hecho, a encabezar un debate sobre la efectividad o no de esas políticas estatales que para incentivar el desarrollo científico pugna por juntar la tinta de los libros con la de los billetes.

La misma queja se viene oyendo cada cierto tiempo y en la misma medida se viene ignorando. Hace apenas unas semanas, otro académico de antaño, gratamente recordado, Jorge Orlando Melo, lanzó otro dardo similar en su columna del diario El Tiempo, -30 de julio de 2014- titulada Del dogma al rito. Donde rememoraba con nostalgia la academia de cierto momento de siglo pasado, en la cual, aunque de manera más modesta, con recursos precarios y un olvido estatal más grande, floreció una generación de investigadores y científicos sociales que con sus obras construyeron un ambiente de controversia, debate y aporte al desarrollo y la situación del país. Ello, dice, a pesar del dogmatismo que imperaba en muchos de los pasillos universitarios, o incluso, gracias a él: porque así el ejercicio de la confrontación de ideas no era esquivable. Dice en dicha columna:

“En la segunda mitad del siglo XX, nuestras universidades se llenaron de miles de profesores de tiempo completo, empeñados en resolver los problemas del país. Unos, dedicados a las ciencias exactas y naturales, pensaban que el conocimiento era el camino al avance nacional: estudiaban la naturaleza para hacerla más productiva o para curar las enfermedades, el dengue o la malaria. Otros, dedicados a las ciencias sociales, abrieron el campo a disciplinas como la antropología, la sociología, la geografía, la economía y la historia. Fueron los años de Jaramillo Uribe, Fals, Reichel, Guhl, López Toro, Urrutia, Kalmanovitz, Colmenares y tantos más.”

(...)

“Los libros de ciencia social importaban a los lectores y llevaban a intensas polémicas: de algún libro de Álvaro Tirado se vendieron más de 100.000 ejemplares, y otro de Mario Arrubla, refutado con fuerza por Kalmanovitz, tuvo más de 20 ediciones.

“En el último medio siglo la investigación creció. Hay más investigadores, más proyectos y más recursos, pero no parece haber mejores resultados...”

“Sin duda hay miles de buenos investigadores en las universidades, dedicados, pacientes e inteligentes, pero el tono dominante ha cambiado. El espacio público de debate se ha reducido. Pocos científicos sociales discuten acerca del país. La mayoría publica en revistas que no se leen, en un lenguaje pomposo, que solo comprenden sus colegas más cercanos, para ganar puntos y reconocimientos institucionales. Las reseñas de libros son gestos protocolarios, que no confrontan sus tesis. La verdad no existe, pues la realidad la construye el discurso y por lo tanto nadie yerra ni se equivoca.”

Y la conclusión aquí es igual de desoladora y tal vez más alarmante viniendo de alguien del recorrido de Melo, del que se entendería tiene una lente comparativa acertada dada su propia trayectoria en la vieja academia:

“El afán de resolver problemas y entender al país se ha debilitado, así como se ha dejado de valorar la docencia. La calidad de los investigadores se mide por indicadores formales, por las revistas donde publican, en un sistema engorroso que cuantifica y jerarquiza todo: investigadores, grupos, revistas, universidades. Muchos recursos se gastan en esta burocracia, en el sistema de evaluaciones que reemplaza la discusión académica, en el esfuerzo enloquecedor de los investigadores para llenar formularios, ir a comités y seguir rituales y procedimientos.

“En esos años remotos, los investigadores veían al Estado con hostilidad, a veces excesiva. Hoy parecen resignados a ser parte de una máquina oficial que busca “productos de investigación” medidos por los criterios, que pocos comparten pero no discuten, de Colciencias (“esto es absurdo, pero no hay más remedio que seguir las reglas”). Ahora, cuando los investigadores se indignan y protestan, no es para desafiar el poder, sino para pedir que les den más plata.”

Como parte de esta red de publicaciones de la Universidad de Antioquia, y en un ejercicio de dignidad intelectual que evite el desfachatado impulso de voltear la mirada, esta modesta revista debe admitir sentirse en parte tristemente aludida por los antes citados. Por lo que en uso de franqueza y cura de humildad era necesario reproducir sus argumentos y, a su vez, llamar a una discusión sobre las perversiones que puedan existir en el ámbito académico relacionado con la producción escrita. Y la lista de cosas, cuando menos susceptibles de revisar, casi todos lo que aquí se mueven la intuyen.

Debe revisarse en las publicaciones universitarias, la manía de puntuar publicaciones y autores; el privilegio al formalismo ciego como unidad de medida para escalonar la calidad de lo escrito; y la alusión obligatoria y casi exclusiva a los títulos académicos del autor, como si se tratara sólo de un sistema de castas en el que unas investiduras se acatan como dignidades incuestionables, las cuales por el simple hecho de ser ostentadas acceden a unos privilegios, a la manera de las logias. Eso no hace científicos sino varones de universidades que usan sus artículos y publicaciones sólo como pasaportes a mejores dádivas estatales y comodidades económicas.

El problema es que esos pasaportes se quedan ahí, flotando con la fachada de ciencia, y para las futuras generaciones van a ser el modelo de lo que entendíamos por conocimiento académico en estos tiempos. Depende de nosotros si queremos que piensen que por conocimiento entendíamos un trampolín fácil para el escalamiento social y económico. Con la ambición del mercado, pero lejos de sus crueldades y sus leyes de supervivencia. Una burbuja fácil y rentable para usar como resguardo y nada más.

Cuando predominan las meras dignidades a exhibir y los criterios formales, en la academia o en cualquier campo, se incentiva a su vez el afán por manipular esas formalidades, a veces hasta el plagio o el fraude. Y ese es quizás unos de los mayores peligros que se avizora. Por poner un ejemplo, ¿será acaso causalidad que en tres de las más prestigiosas universidades de la ciudad se haya oído de escándalos por fraudes académicos en los últimos dos años? El traje del emperador que sólo ven algunos, dizque los astutos, se empieza exhibir en los corredores universitarios. A ver quién se anima de una vez por todas a empezar a gritar sus desnudeces.

Las quejas como las citadas arriba alarman porque en su criterio, a pocos pareciera en verdad importar el juicio auténtico por la calidad final de lo producido en la academia, más allá de esos escritos-pasaportes. Ya bastante discutible es el asumir el ejercicio académico como el único ejercicio intelectual válido, o incluso en ocasiones, para muchos, el único. Ahora, además, por ejercicio académico podemos terminar entendiendo un juego de logrerismo y de burócratas diestros.

Y así mismo -y lo que más nos incumbe a nosotros como revista- el privilegio a un método del perogrullo a la hora de escribir, de descuido a la intención básica de transmitir una idea, y a una escritura ampulosa en exceso, que muchos usan como coraza para proteger sus desnudeces a la manera de los armadillos. Y se refugian en la propia oscuridad que cavan. Porque en la escritura, y en los armadillos, circula una perversa idea, de que eso que hacen, “entre más oscuro, más profundo.”

Figurémonos un ejemplo exagerado. Se puede publicar un artículo que se tittle: Tratado de cómo se descubrió el agua tibia, y el mismo se puede escribir cumpliendo todos los requisitos y estándares exigidos por Conciencias, o por la mayoría de publicaciones. Y no habría objeción para no publicarse. Porque puede tener un resumen, un abstract en inglés, una remisión a tantas citas externas, una mención de tantos textos extranjeros, una bibliografía, y en fin, un artículo de estas magnitudes, y salvo la objeción obvia a su contenido, y la réplica de sus lectores, que son las dos cosas que hoy menos se hacen, podría perfectamente publicarse y escalonar a su autor como un investigador recorrido en el tema del agua tibia.

Un asunto más para revisar en la escritura de la academia, es la precaria concepción que hoy se tiene en este espacio del ensayo. El género del ensayo, ese que inventara el gran Montaigne como el más libre de todos los géneros en la escritura, el que llamó Alfonso Reyes “el centauro de los géneros” por ecléctico y tolerante con nuevas y libres mezclas, y que requería un talento especial a quien se atreviera a navegarle, hoy día es otra cosa para un gran sector de la academia. El talento en el ensayo se suplió con una exigencia oficiosa de labores rutinarias y un sentido del deber a justificar, que son los que parecen primar en muchos ejercicios de investigación.

Porque ahora muchos entienden el ensayo como una especie de bitácora, una rendición de cuentas a veces inentendible donde intentan compilar, con el orden que sea, todo lo que consultaron sobre un tema. Un ensayo hoy, es un inventario rústico de todas las citas y referencias que chequearon sobre el tema investigado, una colcha de retazos de remisiones a docenas de otros lugares, aunque a veces eso no lleve a ninguna parte, aunque no haya grandes conclusiones, ni un aporte innovador, lo importante es dar cuenta del ejercicio mecánico y oficioso, y mostrar cuánto se pudo consultar sobre el asunto. Pareciera que gana el que más citas tenga y pueda meter, como una carrera por llenar un álbum de láminas.

El ensayo se está muriendo en estos círculos. El mismo ensayo que pulieron los académicos del siglo pasado en nuestro país. Del que se valieron sin deteriorarlo, y todo lo contrario, en ocasiones ocupándose de pulirlo con preciosismo. El ensayo se está muriendo por la falta de talento y porque no es la compilación desordenada de citas para mostrar que se leyeron tantas cosas. Eso tampoco es la investigación. Eso es suplir el talento y el arrojo que esta requiere con la justificación de los esfuerzos mecánicos hechos, como una plana escolar donde repetimos 100 veces nuestro nombre escrito.

La investigación y la academia no son una labor oficiosa, como una tarea escolar. No son una repetición mecánica de esfuerzos rutinarios. Ni una compilación de citas, ni un arrume de papeles de prosa ampulosa. Ha de haber algo más tras la labor del investigador que importe a alguien más que a sí mismo. Y desde aquí, desde adentro de los cuestionados, quisiéramos creer que ese algo más todavía existe y que justifica publicaciones como esta. Repetimos que el debate debe surgir de las instituciones que se muestran privilegiadas con estos métodos de hacer academia e investigación. Llamamos a esa discusión y ofrecemos este espacio para ella.

Cristian Zapata Chavarría
Director/Editor



El accidente *in itinere* o de trayecto en Colombia, España, Argentina y Chile (derecho comparado)¹

Sandra Milena Blandón Bedoya

Abogada y administradora de empresas.
Especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia.

¹ Artículo elaborado para optar por el título de Especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

El accidente de trabajo *in itinere* o de trayecto, es una modalidad de accidente dentro del sistema de riesgos laborales o profesionales, que en países como Colombia, España, Argentina y Chile, tiene como componente principal el nexo causal, lo cual permite que la estructura del mismo no se deslaboralice. Además de los requisitos y configuración del mismo, cada país hace una interpretación jurisprudencial de la norma, que va menos o más allá de las circunstancias en que se presenta.

Palabras Clave: Accidente *in itinere*; nexo causal; ocasión al trabajo; sistema de riesgos laborales.

El accidente *in itinere* o de trayecto en Colombia, España, Argentina y Chile (derecho comparado)

Introducción.

El accidente *in itinere* se define como la “responsabilidad del empleador por los accidentes que ocurran a sus empleados en el trayecto de ida y vuelta entre su domicilio y el trabajo”², en las normas sobre seguridad social de países como Colombia, España, Argentina y Chile su interpretación varía según el país, los cuales exigen requisitos específicos para que se configure el accidente de trayecto.

El accidente *in itinere* hace parte de los riesgos profesionales y se estudia en el área de derecho de la seguridad social de cada país según su legislación, lo que permite hacer un análisis comparado entre las normas y la jurisprudencia que lo aborda en el sistema de seguridad social de países como Colombia, España, Argentina y Chile.

En Colombia estaba definido según el Decreto ley 1295 de 1984 como “el que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa cuando el transporte lo suministre el empleador.”³ Luego este artículo fue declarado inexecutable por la Corte constitucional, en la sentencia C-858 del 18 de octubre de 2006; al desaparecer esta norma, para el análisis de esta figura como accidente de trabajo y debido a que el proyecto de Ley 256 de 2007, por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Sistema General de Riesgos profesionales y se dictan otras disposiciones, no fue aprobado, el Ministerio de la Protección Social mediante un comunicado de prensa, informó a todos los actores del Sistema de Riesgos Profesionales; que para definir accidente de trabajo, se adoptaría la definición contenida en el literal n del artículo 1 de la de la Decisión 584 de 2004, del Instrumento Andino de seguridad y salud en el trabajo de la Comunidad Andina de Naciones CAN: "Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo..."⁴ Según Gerardo Arenas Monsalve,⁵ no quedó expresamente incluido el accidente *in itinere* o de trayecto, en la anterior definición, como específicamente laboral y debido a que el punto quedó deferido en la norma internacional, a la definición que cada legislación le dé, y en Colombia no había definición legal vigente, Gerardo Arenas, realizó la siguiente interpretación “el accidente de trayecto puede

² POZZO, Juan D. Derecho del Trabajo. t.III. Buenos Aires: Ediar, 1949. P. 560

³ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Presidencia de la República. Decreto 1295 de 1994 [en línea]. Bogotá. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1994/decreto_1295_1994.html. (Consulta el 20 de mayo de 2012).

⁴ REPÚBLICA DE ECUADOR, Comunidad Andina de Naciones. Decisión 589 de 2004 [en línea]. Guayaquil. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/DEC584s.asp> (consulta el 23 mayo de 2012).

⁵ ARENAS MONSALVE, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. 3 ed. Bogotá: Legis. 2011. p.667

identificarse como riesgo laboral si resulta claramente identificable el hecho de encontrarse el trabajador en ejecución de órdenes laborales o en labor bajo su autoridad independientemente del sujeto que haya suministrado el transporte.”⁶

En este sentido en España el accidente *in itinere* está regulado en el artículo 115.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social del 20 de junio de 1994, que dice: “Tendrán la consideración de accidente de trabajo los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo”.⁷ Como la norma fue general y no especificó el alcance de la misma, la jurisprudencia española en la Sentencia del TSJ de Madrid del 20 de junio del 2009 señaló cuatro requisitos para que se configure el accidente *in itinere*, estos requisitos son:

- *El traslado debe estar motivado, única y exclusivamente, por el trabajo; esto es, su causa ha de ser la iniciación o finalización de la prestación de servicios.*
- *El accidente debe ocurrir en un tiempo inmediato o razonablemente próximo a las horas de entrada o salida del trabajo, lo que implica conjuntamente la distancia a recorrer y el medio de locomoción.*
- *El accidente de trabajo in itinere debe ocurrir, precisamente, en el camino de ida vuelta entre el domicilio del trabajador y su centro de trabajo. Advirtiéndose por la jurisprudencia que se debe utilizar un trayecto adecuado, normal, usual, habitual. Con respecto a este requisito, no obstante, se ha venido relativizando la necesidad de que el punto de origen o destino sea el domicilio del trabajador, dándose más relevancia “al ir o volver del lugar de trabajo”, no siendo esencial que el domicilio del trabajador sea el origen y destino en tanto no se rompa el nexo causal del trabajo.*
- *El medio de transporte utilizado cuando sobreviene el accidente, ha de ser racional y adecuado para salvar la distancia entre el centro de trabajo y el domicilio del trabajador o viceversa.*⁸

Así mismo la legislación argentina a través de la Ley 24.557 de riesgos del trabajo en el artículo 6º del capítulo III lo define de la siguiente manera:

1. Se considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo. El trabajador podrá declarar por escrito ante el empleador, y éste dentro de las setenta y dos (72) horas ante el asegurador, que el itinere se modifica por razones de estudio, concurrencia a otro empleo o atención de familiar directo enfermo y no conviviente,

⁶ *ibíd.*, p. 668

⁷ FEDERACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS UGT. Accidente in itinere. [en línea]. Murcia. Disponible en: <http://www.fspugtpv.org/fsp/media/accidentesitinere.pdf> (consulta 20 de mayo de 2012)

⁸ *ibíd.*

*debiendo presentar el pertinente certificado a requerimiento del empleador dentro de los tres (3) días hábiles de requerido.*⁹

En Chile mediante la Ley 16744 del 1 de febrero de 1968 del Ministerio de Trabajo, en la cual se establecen normas sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el accidente *in itinere* se define en el siguiente sentido:

*Para los efectos de ésta ley se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte. Son también accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo de ida y regreso, entre la habitación y el lugar de trabajo, y aquellos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores. En éste último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro. Se consideran también accidentes del trabajo los sufridos por dirigentes de instituciones sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales. Exceptúense los accidentes debidos a fuerza mayor extraña que no tengan relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima. La prueba de las excepciones corresponderá al organismo administrador.*¹⁰

El presente artículo tiene como objetivo, comparar la configuración jurídica del accidente *in itinere* o de trayecto en los países de Colombia, Argentina, España y Chile; identificando los requisitos que determinan la noción de accidente *in itinere* en cada país, para lo cual es importante abordar la teoría del nexo causal, la cual permitirá un mejor entendimiento del tema objeto de estudio.

Antecedentes históricos.

Con el Decreto 3170 de 1964 por el cual se estableció la reglamentación del Seguro Social, en Colombia se comenzó a incluir la noción de accidente de trabajo *in itinere*, en los artículos 2,3 y 4, donde se dispuso como accidente de trabajo, “los daños o perjuicios ocasionados durante el trayecto del trabajador de su sitio de residencia al trabajo o viceversa, pero con la condición que sea el empleador quien suministre el transporte directa o indirectamente.”¹¹

Según Juan Carlos Cortez Gonzales¹², siguió una etapa moderna, donde se adoptó la Constitución Política de 1991 y el reconocimiento a la seguridad social, dictándose la Ley 100 de 1993, en ella se establecían pocas disposiciones en cuanto el sistema de riesgos

⁹ REPÚBLICA ARGENTINA. Congreso de la Nación. Ley 24.557 de 1995 [en línea]. Buenos Aires. Disponible en: <http://www.infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27971/texact.htm>. (Consulta 28 de Mayo de 2012).

¹⁰ REPÚBLICA DE CHILE. Congreso Nacional. Ley 16744 de 1968 [en línea]. Santiago de Chile. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28650> consultada el 19 de mayo de 2012

¹¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 3170 de 1964 [en línea] Disponible en: http://www.bdigita.unal.edu.co/624/7/118_-_6_capi_5.pdf (consulta 20 de agosto de 2012)

¹² CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Derecho de la Protección Social. primera edición. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A. 2009. p.350

profesionales; y a partir de la vigencia de esta, se estableció el régimen normativo del sistema general de riesgos profesionales en Colombia, por medio del Decreto 1295 de junio 22 de 1994 y la Ley 776 de 2002.

Con relación al accidente de trabajo *in itinere*, el Decreto 1295 de 1994, en su artículo 9 dispuso lo siguiente:

*ARTÍCULO 9. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo. Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.*¹³

Posteriormente, por medio de una acción pública de inconstitucionalidad, fue demandado parte del artículo 9 del Decreto Ley 1295 de 1994, específicamente en la expresión “cuando el transporte lo suministre el empleador” por considerar que vulneraba los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, frente a lo que la Corte Constitucional en la sentencia C-453 del 2002 dispuso:

*La norma bajo examen, contenida en las disposiciones referentes al sistema de riesgos profesionales, no es la única que ofrece protección al trabajador en caso de un accidente. Cuando éste se desplaza a su lugar de trabajo en un medio de transporte no suministrado por el empleador y acaece un percance, el sistema de seguridad social no lo deja desprotegido puesto que si bien no se trata de un accidente de trabajo deberán entrar a operar los otros mecanismos establecidos por la ley 100 en los sistemas de salud y de pensiones que deberán cubrir las prestaciones asistenciales y económicas previstas en el régimen común.*¹⁴

Y finalmente declaró exequible la expresión “cuando el transporte lo suministre el empleador”, ratificando así la definición compilada en el Decreto ley 1295 de 1994 de accidente de trabajo *in itinere*.

Más adelante la Corte Constitucional mediante la sentencia C 858 de 2006, declaró inexecutable, la definición de accidente de trabajo; por razones de formas en el trámite del decreto, manifestando que se requería pronto una nueva regulación que superara el vacío normativo.

¹³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Presidencia de la República. Decreto 1295 de 1994. EN: GAMBOA JIMÉNEZ, Jorge. Código Sustantivo del Trabajo y Procedimiento Laboral. Vigésimo novena edición. Bogotá D.C.: Editorial Leyer. 2010. p. 675

¹⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte constitucional. Sentencia C 453 de 2002 [en línea] Bogotá D.C. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. Disponible En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-453-02.htm>. (consultado 20 de mayo de 2012)

Así mismo la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 9 entre otros del Decreto 1295 de 1994, manifestando, que el gobierno nacional se había excedido en las facultades extraordinarias de las que fue investido para la regulación del sistema de riesgos profesionales:

En el caso concreto la ley habilitante estableció como una de sus finalidades la unificación del Sistema de Seguridad Social, pero dicha pretensión no la hizo extensiva al Presidente de la República, tal como lo estableció esta Corporación en la Sentencia C-452/02, reiterada en la Sentencia C-1152/05. De manera que la definición con el ánimo de unificar conceptos sobre accidente de trabajo (art 9 y 10 del D.L. 1295/94) y el establecimiento de distinciones entre formas de afiliación (art.13), no fueron facultades entregadas al Presidente mediante la ley habilitante.

Por las razones expuestas en ésta providencia la Corte declarará la inexecutable de los artículos 9, 10 y 13 (parcial) del D.L. 1295/94 por vulneración de los numerales 10° y 2° del artículo 150 de la Constitución Política.¹⁵

“La corte difirió los efectos de su fallo hasta el 20 de junio de 2007, con miras a que en ese tiempo el Congreso de la República, dictara la norma que definiera el accidente de trabajo.”¹⁶

A falta de normatividad que regulara la materia, y debido a que el proyecto de Ley 256 de 2007, “por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Sistema General de Riesgos profesionales y se dictan otras disposiciones”, no fue aprobado, el Ministerio de la Protección Social, mediante un comunicado de prensa, informó a todos los actores del Sistema de Riesgos Profesionales que para definir accidente de trabajo, se adoptaría la definición contenida en el literal n del artículo 1 de la Decisión 584 de 2004, del instrumento Andino de seguridad y salud en el trabajo de la Comunidad Andina de Naciones CAN.

Finalmente, Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente, en sentencia del 14 de noviembre de 1996:

el accidente "in itinere", desde vieja data ha sido aceptado por nuestra jurisprudencia, teniendo en cuenta que, no sucede, cuando el trabajador está laborando, sino cuando se produce en el trayecto entre el establecimiento de trabajo y la residencia del trabajador, cuando el empleador se encarga del transporte de sus trabajadores y considerando que su obligación de protección del trabajador, contra todo riesgo, termina cuando cesa dicho transporte.

Independientemente de que el vehículo fuera propiedad de la empresa y su conductor asalariado de ella, lo que debe tenerse en cuenta es si el empleador cumplió con la obligación de transportarlo sano y salvo, a su residencia, pues, aunque fuera una

¹⁵REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte constitucional. Sentencia C 858 de 2006 [en línea] Bogotá D.C. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. Disponible En: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=22464>. (consultado 20 de mayo de 2012)

¹⁶ CORTÉS. Op. cit., p. 120.

*obligación voluntaria del empleador, éste corre con todos los riesgos, pues, todo está sucediendo en el desarrollo del contrato de trabajo, permaneciendo latentes las obligaciones de protección y seguridad.*¹⁷

Para Colombia era muy importante, que se creara una ley que definiera este tipo de accidente en particular, ya que la falta de regulación y las múltiples interpretaciones doctrinales, no eran suficientes para definir los alcances y límites de dicho accidente.

Normatividad vigente.

Actualmente en España, Chile y Argentina, se han venido utilizando las mismas normas creadas hace 10 y hasta más de 20 años, las cuales han sido actualizadas respectivamente, y dado al tiempo que llevan de su creación, en estos países existe una amplia interpretación jurisprudencial y doctrinal, que define el accidente *in itinere*, lo cual no ocurre en Colombia, ya que la ley que regula este accidente ha sido derogada varias veces y apenas para el 2012, se creó la Ley 1562 donde se define el accidente *in itinere*.

Normatividad colombiana.

Con la Ley 1562 del 11 de julio de 2012, por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional, el gobierno nacional modifica el sistema de riesgos laborales e introduce la definición de accidente de trabajo, retornándose a la definición que contemplaba el Decreto 1295 de 1994, pero con algunas modificaciones.

Artículo 3°. Accidente de trabajo. Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en

¹⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Radicado No. 8544 de 1996 [en línea] Bogotá D.C. M.P.: Ramón Zúñiga Valverde. Disponible En: http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/buscador/sala_laboral/1996/8544.html (consultado 23 de mayo de 2012)

*representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión.*¹⁸

Frente al accidente *in itinere* esta ley no tiene un alcance amplio, ella sólo da la oportunidad de una opción de accidente, que sería sólo si el transporte es suministrado por el empleador, y no señaló como en las otras normas, los eventos que no constituían accidente de trabajo; ahora debido a que la norma es tan reciente, se espera que este tipo de accidente sea estudiado de una forma amplia, que permita su adecuada comprensión.

*Si se advierte además que, como atrás quedó explicado, el sistema de riesgos profesionales se basa en la teoría del riesgo creado, es lógico que cuando el transporte lo suministra el empleador, el accidente que se produzca se califique de profesional por cuanto en esa circunstancia se produce una especie de prolongación de la empresa, en la que el trabajador, como subordinado, está sometido a las condiciones que se le fijan para su transporte entre el sitio de trabajo y su residencia, razón por la que será el empleador el llamado a responder por los perjuicios que se llegaren a causar. Téngase en cuenta que en este caso el empleador determina y controla las condiciones en las que se realiza el transporte –elige el tipo de vehículo y el conductor, establece las condiciones para su uso y mantenimiento, señala las rutas, horarios etc- es decir que puede controlar o al menos circunscribir el riesgo que crea, en tanto que cuando el trabajador se transporta por sus propios medios ninguno de estos elementos se encuentra bajo su control.*¹⁹

Normatividad chilena.

En Chile la norma vigente es la Ley 16744 del 1 de febrero de 1968 del ministerio de trabajo la cual dispone en su artículo 5° lo siguiente:

Artículo 5° Para los efectos de esta ley se entiende por accidente del trabajo toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte.

*Son también accidentes del trabajo los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar del trabajo, y aquéllos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores. En este último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro. Se considerarán también accidentes del trabajo los sufridos por dirigentes de instituciones sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales. Exceptúense los accidentes debidos a fuerza mayor extraña que no tenga relación alguna con el trabajo y los producidos internacionalmente por la víctima. La prueba de las excepciones corresponderá al organismo administrador.*²⁰

¹⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1562 de 2012 [en línea] Bogotá D.C. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley156211072012.pdf>. (consultado 29 de agosto de 2012)

¹⁹ Sentencia 453

²⁰ REPÚBLICA DE CHILE. Op. cit.

El texto original de la Ley 16744 fue actualizado a través de la Ley 20101 del 28 de abril de 2006, en la cual se amplía el concepto de accidente de trabajo:

Artículo 1°.- Agregase en el inciso segundo del artículo 5° de la ley N° 16.744, antes del punto final (.), la siguiente frase y oración: ", y aquéllos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores. En este último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro."

El Art. 2° de la, dispuso que la modificación introducida en el presente artículo regirá a contar del 1° del mes subsiguiente al de su publicación.

El Art. 14 de la LEY 19303, publicada el 13.04.1994, incorporó como accidentes del trabajo los daños físicos o síquicos que sufran los trabajadores de las empresas, entidades o establecimientos que sean objeto de robo, asalto u otra forma de violencia delictual, a causa o con ocasión del trabajo.

El Art. 33 de la LEY 19518, publicada el 14.10.1997, con vigencia a contar del 1° del mes subsiguiente al de su publicación; así como el Art.181 del Código del Trabajo, contenido en el DFL 1, publicado el 16.01.2003, incorporan como accidente del trabajo a aquel sufrido con ocasión de actividades de capacitación.²¹

El alcance de la norma chilena es mucho más amplia, en ella el legislador no limitó, al accidente *in itinere*, a un vehículo suministrado por la empresa, sólo basta con que el trabajador se dirija a la empresa o viceversa sin importar el medio de transporte para que se considere de trayecto. Además, añadió la posibilidad de que el trayecto sólo no fuera de la casa al trabajo y viceversa, sino que contempla la posibilidad de que este accidente se produzca, al alejarse de la ruta habitual; como ir del trabajo principal a otro secundario. Esta norma dado su alcance, protege al trabajador de una forma integral, ya que no sólo, lo está protegido en el trabajo; sino que cubre las posibles contingencias que puedan ocurrir hasta llegar a su lugar de domicilio.

Normatividad española.

En España las normas referentes al accidente de trabajo se regulan por medio del Real Decreto Legislativo 1/1994 del 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en su artículo 115 señala el siguiente Concepto de accidente de trabajo:

- 1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.*
- 2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:*
 - a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.*
 - b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.*

²¹ *Ibíd.*

c) *Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.*

d) *Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.*

e) *Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.*

f) *Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.*

g) *Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.*

3. *Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.*²²

Además la ley de seguridad social tuvo un alcance más amplio al señalar los eventos que no se consideran accidente de trabajo:

Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente.

En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

b) *Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.*

a) *La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira.*

b) *La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.*²³

En España la ley sobre accidente de trabajo, define el accidente *in itinere* en el numeral a) del artículo 115 ya señalado, de tal forma que no se puede vislumbrar el alcance de la misma, ya que sólo señala un accidente ocurrido al ir o al volver del lugar de trabajo, sin especificar medios, distancias o tiempos de ejecución del trayecto. En este sentido si quedaron claras algunas circunstancias que señala la norma, que no se consideran accidente de trabajo, de las cuales se resalta el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima y el daño por terceros, a su vez las mismas guardan consonancia con el accidente *in itinere* ya que en este sentido el caso fortuito tiene mayor probabilidad de que se presente en el trayecto de ida y regreso del trabajo, así como la imprudencia del mismo en su desplazamiento.

²² España. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Real Decreto legislativo 1/1994 [en línea]. Disponible en: http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/095093?ssSourceNodeId=1139#A17. (Consulta 20 de agosto 2012)

²³ *Ibíd.*,

Así mismo la jurisprudencia Española, amplió el significado del accidente in itinere señalando cuatro elementos para que se constituya el mismo:

En consecuencia con esa idea, la reiterada y constante la jurisprudencia de esta Sala, exige para calificar un accidente como laboral "in itinere", la simultanea concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que la finalidad principal y directa del viaje este determinada por el trabajo (elemento teleológico); b) que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa (elemento geográfico) c) que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto (elemento cronológico); o, lo que es igual, que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo; d) que el trayecto se realice con medio normal de transporte (elemento de idoneidad del medio).²⁴

El alcance que le dio la jurisprudencia española a la definición de accidente in itinere, señalada por el Real Decreto Legislativo 1/1994 del 20 de junio de... permite diferenciar entre un accidente de tránsito y un verdadero accidente de origen laboral ocurrido en el trayecto entre el lugar de residencia y el lugar donde labora, elementos que han sido unificados creando un precedente jurisprudencial importante para la legislación española.

Normatividad argentina.

En Argentina por medio de la Ley 24.557 de riesgos del trabajo promulgada el 03 de octubre de 1995, en el capítulo III, artículo 6º, se define el accidente de trabajo, el cual se dispuso de la siguiente manera:

Se considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo, siempre y cuando el damnificado no hubiere interrumpido o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo.

El trabajador podrá declarar por escrito ante el empleador, y éste dentro de las setenta y dos (72) horas ante el asegurador, que el itinere se modifica por razones de estudio, concurrencia a otro empleo o atención de familiar directo enfermo y no conviviente, debiendo presentar el pertinente certificado a requerimiento del empleador dentro de los tres (3) días hábiles de requerido.²⁵

Al igual que en la ley española, en Argentina también se definieron, los eventos y las características del accidente de trabajo que están excluidos de la ley, lo que permite una mejor interpretación de la norma, las cuales son las siguientes:

²⁴ Sentencia de TS, Sala 4ª, de lo Social, 19 de Enero de 2005 disponible en http://aplicacionesbiblioteca.udea.edu.co:2318/vid/17696657?ix_resultado=19.0&query%5Bq%5D=accidente+in+itinere

²⁵ REPÚBLICA DE ARGENTINA. Op. cit.

“a) Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales causados por dolo del trabajador o por fuerza mayor extraña al trabajo:

b) Las incapacidades del trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditada en el examen pre ocupacional efectuado según las pautas establecidas por la autoridad de aplicación.”²⁶

En Argentina la norma que regula el accidente de trabajo *in itinere*, introdujo otros elementos a la definición y alcance del mismo, señalando que el trayecto no puede ser alterado por motivos diferentes al trabajo, pero a su vez le da la posibilidad al trabajador de cambiar su itinerario habitual, lo que le da más seguridad, ya que la ley permite una protección laboral aun asistiendo a citas médicas o visitando a familiares. Además como ya se indicó, la norma señala los eventos que están excluidos de la misma, para una mejor delimitación del accidente.

Igual mente la jurisprudencia argentina ha señalado que dentro de los eventos donde se pretenda reclamar las prestaciones por este tipo de accidente, es necesario que se demuestre que el hecho no se salió del presupuesto normativo

A su vez, el accidente in itinere ha sido definido por la jurisprudencia como el infortunio que sufre el trabajador al dirigirse desde su domicilio al trabajo para prestar servicios o viceversa al concluir las faenas, pero como el hecho ocurre fuera del lugar de trabajo y de la posibilidad de control por parte del patrón, para que sea posible adjudicarle al principal responsabilidad por sus consecuencias, es preciso demostrar que la contingencia ocurrió en el trayecto más directo y seguro que habitualmente utiliza la víctima sin que se produzcan desvíos por causa particulares o ajenas al itinerario habitual.

Para investigar ambos hechos, debemos recurrir a las pruebas producidas en estos autos, de ellas las más importante es la declaración del señor Nelson Acuña, compañero de trabajo, en mi opinión, suficiente para elucidar ambos interrogantes.

En efecto, el testimonio del Sr. Acuña resulto muy ilustrativo tanto para demostrar la existencia de un contrato de trabajo de temporada anudado entre el trabajador fallecido y el Sr. Siles, propietario de una finca en Catamontaña, Depto. El Carmen, dedicada al cultivo del tabaco; allí el infortunado joven y el testigo, laboraban juntos ese año del accidente –según aclaró- entre las 7 a.m. y las 14 p.m. aproximadamente; ya habían concluido de plantar y trabajaban con la azada en los surcos. El día del infortunio se trasladaba en bicicleta por la ruta, era el único camino que podían utilizar para dirigirse entre sus respectivas casas al lugar de trabajo y viceversa.

(...) Es por lo expresado, luego de valorar toda la prueba incorporada, que considero se ha demostrado tanto la existencia del contrato de trabajo que vinculó a los litigantes, como el accidente in itinere por encontrarse reunidos los presupuestos requeridos por la ley para responsabilizar al empleador por sus consecuencias sin que haya invocado o demostrado que el recorrido haya sido interrumpido en interés

²⁶ *Ibíd.*

particular del trabajador o por una razón extraña al trabajo que funcione como exigente de responsabilidad (art. 6 Ley 24.557).²⁷

Así mismo la demostración de ese presupuesto debe operar el *onus probandi* lo que implica debe ser concluyente y concreta, que permita tener una visión categórica del accidente y el nexo causal que este tenga con el trabajo.

El nexo causal como elemento constitutivo del accidente *in itinere* derecho comparado.

Partiendo del principio de causalidad se desprende que: “la causalidad es un principio que une dos hechos”²⁸ de lo cual, “el hecho primero es la razón y la explicación del segundo,”²⁹ en este sentido la actividad del trabajador debe ser la generadora del riesgo o sea la que lo coloque en una circunstancia de tiempo modo y lugar que generen el riesgo, de tal modo que la primera causa sea el trabajo como generador y conector que lleve al origen del accidente, así mismo Ignacio Cuevillas de Matozzi, señala el nexo causal de la siguiente manera “Es el enlace material que existe entre un hecho antecedente y el daño producido, conocido también con el término de imputabilidad objetiva o *imputatio facti*, o vínculo material³⁰

Nexo causal accidente *in itinere* Colombia.

En Colombia el nexo causal va muy relacionado con la configuración del accidente *in itinere*, la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que para que se configure el accidente de trabajo *in itinere*, debe existir un nexo casual y el transporte lo debe suministrar el empleador, como lo precisa en la sentencia No. 23202 de agosto 29 del 2005, Magistrada ponente: Isaura Vargas Díaz

Partiendo de la base de que la causa en el accidente de trabajo comprende todas las circunstancias o eventos que, en el cumplimiento o desarrollo de la actividad laboral, generan el acaecimiento del siniestro, debe concluirse que cuando se alude específicamente al accidente de trabajo ‘in itinere’, es exigencia para su estructuración, como requisito causal, objetivo y teleológico, el que el desplazamiento o traslado del trabajador para su ingreso o egreso del sitio de trabajo, deba estar motivado “única y exclusivamente por el trabajo,” estableciéndose de esa forma el nexo causal entre la

²⁷ Sentencia n° 160387 de Tribunal del Trabajo Sala I, 27 de Agosto de 2009

http://aplicacionesbiblioteca.udea.edu.co:2318/vid/-352684790?ix_fragmento=3&ix_resultado=5.0&query%5Bbuscable_id%5D=AR&query%5Bbuscable_type%5D=Pais&query%5Bq%5D=accidente+in+itinere+jurisprudencia&word=accidente+in+itinere+jurisprudencia#fragt3

²⁸ MARTÍNEZ MARULANDA, Diego. Fundamentos Para una Introducción al derecho. Segunda edición. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2005. p. 29

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. 420 p.

*lesión sufrida por el trabajador, en todo sus matices, y el trabajo que efectúa, conforme al lugar en que lo desarrolla y el itinerario que cumple para su ingreso o salida.*³¹

En este sentido la nueva ley de riesgos laborales en Colombia, en el párrafo tercero del artículo 3º de la Ley 1562 del 11 de julio de 2012 dispuso “Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.”³² Trayendo el elemento del nexo causal en la parte que señala “cuando se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa”, en este sentido el nexo causal debe guardar relación con la actividad que realiza en su trabajo, y tanto así, que el transporte lo debe suministrar el empleador, como dice la Corte Constitucional, hay una prolongación de la empresa.

Nexo causal accidente *in itinere* España.

Como ya fue señalado para que se configure el accidente *in itinere* en España el Tribunal Supremo ha ampliado la definición y alcance del accidente *in itinere*, indicando como elementos constitutivos del mismo, el teológico, el geográfico, el cronológico y el de idoneidad del medio, cada elemento trae un requisito para que se establezca el accidente *in itinere*, pero el nexo causal se determina en el elemento teológico, el cual implica que el trayecto no pierda su justificación profesional, que de todos modos el desplazamiento, este motivado por el trabajo o sea la intención del desplazamiento:

*El Alto Tribunal ha interpretado este último requisito en el sentido de que «basta con que el nexo causal, indispensable en algún grado, concorra sin precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, con causal o coadyuvante, debiéndose otorgar dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento excepto cuando resalten hechos que rompan con total evidencia aquella relación. O lo que es lo mismo, “cabe demostrar que el trabajo no ha tenido la menor incidencia en su aparición o en la generación de la lesión de que se trate”». Es decir, no se exige que el trabajo sea la causa determinante directa de la lesión, siendo suficiente la existencia de una relación causal directa o indirecta con el trabajo.*³³

La jurisprudencia española va más allá en el análisis de este trayecto, como lo dispuso el Tribunal Supremo en sentencia del 26 de febrero de 2008, Sala de lo Social, Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 1328/2007, sienta el concepto de domicilio a efectos del accidente de trabajo *in itinere*. En dicha sentencia se reconoció a la

³¹REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia. Sentencia No.23202 de 2005 [en línea]. Bogotá D.C. M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz. Disponible En: <http://www.dmsjuridica.com/.../SALA.../docs/2005/23202%20%20.doc>. (consulta el 20 de agosto de 2012)

³² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1562 de 2012. Op. cit.

²⁹ KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. algunas consideraciones sobre el accidente de trabajo *in itinere* [en línea]. Salamanca. Disponible en: <http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%208/8205.pdf>. (consulta 29 de agosto de 2012)

demandante, el derecho a las prestaciones derivadas del accidente de trabajo *in itinere* señalando lo siguiente:

*Que por domicilio debe entenderse el espacio cerrado, exclusivo y excluyente para los demás, del que no forman parte los elementos comunes que es preciso atravesar para ir al trabajo. Añade que en una interpretación finalista, lo relevante es que el trabajador esté recorriendo el camino que lleva a su lugar de trabajo y no que el accidente se produzca en la vía pública y que el descenso por las escaleras no es un acto preparatorio del trayecto en el interior del domicilio, sino que ya se ha iniciado por un lugar de libre acceso para todos los vecinos. La sentencia de esta Sala de 29-9-97 reiterada por la de 28-2-2001 establece que lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar del trabajo o volver del lugar del trabajo.*³⁴

Lo que implica que el nexo causal, por decirlo así se extiende hasta un ámbito que no estudia las otras legislaciones, y es la residencia del trabajador, implicando un mayor esfuerzo probatorio, al momento de solicitar el reconocimiento del mismo.

Nexo causal del accidente *in itinere* en Chile.

En Chile el nexo causal es un requisito esencial del accidente de trabajo en general pero en especial el accidente ocurrido en el lugar de trabajo dentro de la empresa, o el sitio asignado para desempeñar su tarea o labor

“Los accidentes ocurridos ‘a causa del trabajo’ tienen su origen inmediato y directo en el trabajo mismo, en términos tales que se enmarcan en las labores que desempeña el trabajador en el lugar y en las horas en que debe ejecutarlas y que, en aquellos acaecidos ‘con ocasión del trabajo’, existe una ampliación del vínculo causal, ya que el siniestro tiene una relación indirecta o mediata con el trabajo realizado, pero en todo caso indubitable.”³⁵

De tal forma que los accidentes *in itinere* o como son llamados en Chile, de trayecto, a pesar de que se pueden considerar que ocurran con ocasión al trabajo, y estén contemplados en la Ley 16744 del 1 de febrero de 1968, en el inciso 2 del artículo 5° de la ley de riesgos laborales, el legislador chileno los reguló en forma separada, debido a que si bien el trabajador está haciendo su desplazamiento de ida o vuelta del trabajo a su casa, en este trayecto el empleador no tiene control sobre lo que le pueda ocurrir al trabajador, aunque en la legislación chilena este contemplada la obligación de los empleadores de cuidar a sus empleados, lo que implica que a veces tal interpretación rompe el nexo causal, desvirtuando la responsabilidad laboral y convirtiéndola en una responsabilidad civil.

³⁴ ESPAÑA. Tribunal Supremo. sentencia n° 1328. 2007[en línea]. Disponible en: <http://www.supremo.vlex.es/vid/on-ia-as-39001679>. (consulta 25 de agosto de 2012)

³⁵ M. MUÑOZ, A. Jurisprudencia: Concepto de contrato de trabajo y de accidente de trabajo. protección al trabajador y trabajos peligrosos o insalubres [en línea]. Santiago. Disponible en: <http://www.prevelexchile.cl/prevelexchile/documentos/Precisiones%20Sobre%20Accidentes%20Del%20Trabajo.pdf> . (consulta septiembre 15 de 2012)

Referente al tema la Corte Suprema, en sentencia del 8 de mayo de 2002. En contra de S.Q.M. Químicos S.A. señaló lo siguiente:

En los accidentes de trayecto, esto es, en los que ocurren al trabajador en el trayecto, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar del trabajo, el empleador no puede ejecutar, por imposibilidad física y material, el deber de protección de sus asalariados, razón por la cual el artículo 184, citado, sólo le impone al ente patronal la obligación de tomar todas las medidas necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores en las obras o faenas, por lo que, por regla general, no puede asumir responsabilidad en este tipo de imprevistos laborales.³⁶

De acuerdo a lo anterior en Chile antes de relacionar el accidente *in itinere* con un accidente de trabajo, se tiene la presunción de que este accidente es de carácter civil, siendo importante el estudio de la responsabilidad civil extracontractual, y la teoría de la responsabilidad objetiva.

Nexo causal del accidente *in itinere* en Argentina.

En Argentina como en los demás países en estudio, el nexo causal es un requisito esencial para que se configure el accidente *in itinere*, pero este nexo causal debe ser probado, ya que inicialmente este tipo de accidente se presume de no laboral. Igualmente la jurisprudencia ha ampliado el nexo que se pueda dar entre el trabajo y el accidente como tal, ya que a diferencia de otros países, el accidente debe ocurrir en una vía directa y habitual del trabajo a la casa y viceversa, y con ocasión al trabajo, trayendo otro elemento la necesidad de prestarlo:

En este sentido, la vinculación entre el elemento trabajo y el trayecto es muy estrecha; y la inexistencia de uno conlleva a la del otro.

El accidente debe producirse en el trayecto "habitual" y "normal" entre el domicilio y el lugar de trabajo o viceversa, es obvio que cuando hablamos de esos dos términos, estos conjuntamente pueden no aparecer, pero hacemos referencia a un rumbo razonable, repetido y teóricamente directo.

Este trayecto debe ser razonable, pues pueden afectar los tramos o rutas elegidas por un tránsito excesivo, por la peligrosidad de la ruta o calles, o inclusive por los atajos que pudiera tomar el trabajador al elegir el trayecto más directo y habitual aunque trate de no incrementar riesgos injustificados.

Hay que tener en cuenta que si el trabajador elige una vía alternativa más larga o peligrosa aun cuando sea corta la protección cesa. Las desviaciones ocurridas durante el trayecto habitual, siempre que no sean significativas y capaces de romper el nexo causal, no se tendrían en cuenta, al contrario de aquellas que insólitamente crearan nuevos riesgos no contemplados al partir o en el viaje en sí. Aunque el desvío que tome el trabajador sea significativo, si el accidente ocurre después de haber

³⁶ REPÚBLICA DE CHILE, Corte Suprema [en línea]. Disponible en: <http://www.ma.gov.do/sentscj/sentencia.asp?B1=VR&llave=2002>. (consulta septiembre 14 de 2012)

retomado la ruta habitual, se ha vuelto a establecer el nexo causal y el accidente se considera in itinere.

Los tres son necesarios conjuntamente para que este se configure, así primero el viaje al que denominamos trayecto que debe estar impulsado por la obligación del prestador del trabajo de así hacerlo, para cumplir con las prestaciones impuestas por su relación o su contrato.³⁷

Es importante resaltar que la jurisprudencia argentina también explora otro escenario en el que se puede presentar la configuración de dicho accidente y es el ámbito cronológico, lo cual no está predispuesto a un número de horas, entre la ocurrencia del accidente y la hora de llegada al trabajo, como lo dispone su jurisprudencia; CNAT Sala V Expte N° 12.349/2010 Sentencia Def. N° 73.450 del 27/0 9/2011 “Martínez, Teodora c/ La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A. s/ accidente – ley especial”. (García Margalejo – Arias Gibert).

La circunstancia de que el accidente padecido por la trabajadora ocurriera a una hora temprana en relación con su entrada a prestar tareas (ocurrió a las 6 de la mañana y la trabajadora debía tomar servicio a las 10) no puede perjudicarla, pues ello evidencia una actitud previsor y su afán de cumplir con su prestación de servicios con puntualidad y regularidad. Para más, en el caso, debía trasladarse desde su domicilio en la ciudad de Lobos, Pcia de Buenos Aires, lo que refuerza la decisión correcta de viajar en tal horario y en el medio utilizado a fin de evitarse el uso de otros medios de transporte que resultan más incómodos y menos eficaces cuando se trata de llegar a horario.³⁸

Lo anterior demuestra que en temas como el de accidente *in itinere*, estos países han avanzado, en donde se ve reflejado el amparo a los derechos de los trabajadores, y el interés del gobierno por el bienestar de la clase obrera.

Conclusiones finales.

Es importante resaltar los requisitos que cada país establece para que se configure el accidente *in itinere*, en Colombia por ejemplo se establece cuatro requisitos, como son que el transporte sea proporcionado por el empleador contratante, que el desplazamiento sea de la residencia al trabajo o del trabajo a la residencia, y que ocurra fuera del lugar del trabajo y tiempo de trabajo.

Igualmente España señala los siguientes requisitos: el teológico donde va relacionado el nexo causal, el cronológico, el cual señala un espacio de tiempo prudencial entre la salida y

³⁷VILLAGGI, Julio César. El Accidente de Trabajo en el Trayecto. O los Pasajeros de una Pesadilla [en línea]. Buenos Aires: Foro de práctica profesional digital, 2011. Disponible en: <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion14/tema15.html>. (consulta septiembre 15 de 2012)

³⁸ REPÚBLICA DE ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Boletín Temático de Jurisprudencia. [en línea]. Buenos Aires. 2012. Disponible en: <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00020/00051667.Pdf> (consulta 28 de septiembre de 2012)

entrada al trabajo, el topográfico o sea que el accidente debe suceder en el camino usual, normal o habitual, aunque no sea el camino más corto y el requisito mecánico, el cual implica que el trayecto recorrido se haga a pie u en un medio de transporte seguro y que sea habitual.

En Chile la doctrina y jurisprudencia señala los siguientes requisitos: que una persona sufra lesión, y que se produzca un daño o perjuicio, que la lesión sea a causa o con ocasión del trabajo, que produzca un resultado, Incapacidad o Muerte, una relación de causalidad entre la lesión y la incapacidad o la muerte, requisitos a los que se les suma otro como específico, el caso en que el accidente ocurra en el trayecto de dos empleos, en este, se responsabiliza al empleador del trabajo al que se dirige.

En este sentido Colombia es un país de poco avance normativo sobre este tipo de accidente, y es más preocupante aun cuando a una norma que fue derogada y pasó por análisis constitucional, no se le haya hecho cambios en su texto original, quedando con las mismas limitaciones y alcances, lo que demuestra el poco interés político, en un tema tan sensible.

Además como en este tipo de accidente se maneja la responsabilidad objetiva, es necesario establecer parámetros que limiten el alcance de la interpretación de la norma, igual que en países como Argentina y España, que indican que circunstancias no se consideran accidente de trabajo.

De esa manera, la misma definición de accidente de trabajo *in itinere* sigue vulnerando el derecho a la igualdad, debido a que sólo protege a los empleados que viajan en vehículos proporcionados por la empresa; pero ¿qué pasará con las empresas que le financian a sus empleados las bicicletas para el desplazamiento a la misma, descontándoles el auxilio de transporte, como ocurre en las empresas floricultoras del Oriente Antioqueño y de Bogotá?; ¿se podría configurar el nexos causal en estos casos? en este sentido se podría dejar otro interrogante, frente al auxilio de transporte, ya que el objeto de este, es facilitar al trabajador su desplazamiento hacia la empresa, desplazamiento en el cual se podría presentar un siniestro, que aunque no se configura con claridad la culpa objetiva del empleador, el accidente sí se dio haciendo uso de un beneficio que la empresa le debe suministrar.

Así las cosas, económicamente, es más beneficioso para el trabajador, al sufrir un accidente en el desplazamiento hacia la empresa en que labora, que este se le reconozca como accidente *in itinere*, ya que en el sistema de riesgos laborales las prestaciones económicas son de un valor más alto, y la parte asistencial tiene un mejor cubrimiento, así como son menos los requisitos para la adquisición de una pensión de invalidez o sobreviviente.

BIBLIOGRAFÍA.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. 3 ed. Bogotá: Legis. 2011. P. 667

CORTÉS GONZÁLEZ, Juan Carlos. Derecho de la Protección Social. Primera edición. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A. 2009. p.350

DE CUEVILLAS MATOZZI, Ignacio. La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. 439 p.

MARTÍNEZ MARULANDA, Diego. Fundamentos Para Una Introducción al derecho. Segunda edición. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2005. P. 29

POZZO, Juan D. Derecho del Trabajo. t.III. Buenos Aires: Ediar, 1949. 711 p.

FEDERACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS UGT. Accidente in itinere. [En línea]. Murcia. Disponible en: <http://www.fspugtpv.org/fsp/media/accidentesitinere.pdf> (consulta 20 de mayo de 2012)

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. Algunas consideraciones sobre el accidente de trabajo in itinere [en línea]. Salamanca. Disponible en: <http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%208/8205.pdf>. (Consulta 29 de agosto)

M. MUÑOZ, A. Jurisprudencia: Concepto de contrato de trabajo y de accidente de trabajo. Protección al trabajador y trabajos peligrosos o insalubres [en línea]. Santiago. Disponible en: <http://www.prevelexchile.cl/prevencionderiesgos/documentos/Precisiones%20Sobre%20Accidentes%20Del%20Trabajo.pdf>. (Consulta septiembre 15 de 2012)

VILLAGGI, Julio César. El Accidente de Trabajo en el Trayecto. O los Pasajeros de una Pesadilla [en línea]. Buenos Aires: Foro de práctica profesional digital, 2011. Disponible en: <http://www.forodeabogados.org.ar/edicion14/tema15.html>. (consulta septiembre 15 de 2012)

ESPAÑA. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Real Decreto legislativo 1/1994 [en línea]. Disponible en: http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/095093?ssSourceNodeId=1139#A17. (Consulta 20 de agosto 2012)

_____. Tribunal Supremo. Sentencia nº 1328. 2007[en línea]. Disponible en: <http://www.supremo.vlex.es/vid/on-ia-as-39001679>. (Consulta 25 de agosto de 2012)

REPÚBLICA DE ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Boletín Temático de Jurisprudencia. [En línea]. Buenos Aires. 2012. Disponible en: <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00020/00051667.Pdf> (consulta 28 de septiembre de 2012)

_____. Congreso de la Nación. Ley 24.557 de 1995 [en línea]. Buenos Aires. Disponible en: <http://www.infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/27971/texact.htm>. (Consulta 28 de Mayo de 2012).

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1562 de 2012 [en línea] Bogotá D.C. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley156211072012.pdf>. (Consulta 29 de agosto de 2012)

_____. Presidencia de la República. Decreto 1295 de 1994. EN: GAMBOA JIMÉNEZ, Jorge. Código Sustantivo del Trabajo y Procedimiento Laboral. Vigésimo novena edición. Bogotá D.C.: Editorial Leyer. 2010. p. 675

_____. Decreto 1295 de 1994 [en línea]. Bogotá. Disponible en: www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1994/decreto_1295_1994.html. (Consulta el 20 de mayo de 2012).

_____. Decreto 3170 de 1964 [en línea] Disponible en: http://www.bdigital.unal.edu.co/624/7/118_-_6_capi_5.pdf (consulta 20 de agosto de 2012)

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C 858 de 2006 [en línea] Bogotá D.C. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. Disponible En: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22464>. . (Consulta 20 de mayo de 2012)

_____. Sentencia C 453 de 2002 [en línea] Bogotá D.C. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis. Disponible En: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-453-02.htm>. (Consulta 20 de mayo de 2012)

_____. Corte Suprema de Justicia. Radicado No. 8544 de 1996 [en línea] Bogotá D.C. M.P.: Ramón Zúñiga Valverde. Disponible En: http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/buscador/sala_laboral/1996/8544.html (consultado 23 de mayo de 2012)

_____. Corte Suprema de Justicia. Radicado No. 8544 de 1996 [en línea] Bogotá D.C. M.P.: Ramón Zúñiga Valverde. Disponible En: http://www.dmsjuridica.com/JURISPRUDENCIA/buscador/sala_laboral/1996/8544.html (consultado 23 de mayo de 2012)

_____. Corte Suprema de Justicia. Sentencia No.23202 de 2005 [en línea]. Bogotá D.C. M.P. Dra. Isaura Vargas Díaz. Disponible En: <http://www.dmsjuridica.com/.../SALA.../docs/2005/23202%20%20.doc>. (Consulta el 20 de agosto de 2012)

REPÚBLICA DE CHILE. Congreso Nacional. Ley 16744 de 1968 [en línea]. Santiago de Chile. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28650> (consulta el 19 de mayo de 2012)

_____. Corte Suprema [en línea]. Disponible en: <http://www.ma.gov.do/sentscj/sentencia.asp?B1=VR&llave=2002>. (Consulta septiembre 14 de 2012)

REPÚBLICA DE ECUADOR, Comunidad Andina de Naciones. Decisión 589 de 2004 [en línea]. Guayaquil. Disponible en: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/DEC584s.asp> (consulta el 23 mayo de 2012).



El ministerio público: ¿un sujeto procesal que desnaturaliza, desequilibra o salvaguarda el orden jurídico en el sistema penal acusatorio colombiano?¹

Luz Ángela María Builes

Abogada de la Fundación Universitaria Luis Amigó.
Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia.

¹ Artículo de revista fruto de la investigación y el trabajo personal de la autora.

Resumen.

La expedición de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, implica nuevos modelos de gestión en el servicio público de administración de justicia. El nuevo sistema judicial en lo penal transforma las relaciones tradicionales en el sistema jurídico y en el aparato de justicia. Uno de esos cambios está orientado a la gestión interinstitucional que se ve influenciada por las variaciones propias de la sociedad del conocimiento, es así que actividades como: la planeación, la organización, la coordinación, la comunicación, la multidimensionalidad del trabajo en equipo, el uso de las nuevas tecnologías de la información y la capacitación permanente del personal, se erigen como nuevos requisitos para que este nuevo sistema opere.

Bajo la vigencia del nuevo sistema procesal penal se ha presentado una polémica en torno a la intervención del Ministerio Público en el sentido de si desnaturaliza, desequilibra u opera como garante en el proceso penal acusatorio. Todo esto motivado sin duda, por el hecho de que el proceso penal es un proceso de partes, de naturaleza adversarial, donde sus protagonistas, Fiscalía y Defensa, se enfrentan en un plano de igualdad frente a un tercero neutral, el Juez, quien finalmente fallará de acuerdo a la verdad procesal que se imponga sea ésta la del ente acusador o la de la defensa.

Palabras clave: Ministerio público; víctima; procesado; juez; fiscal; Sistema penal; sujeto.

El ministerio público: ¿un sujeto procesal que desnaturaliza, desequilibra o salvaguarda el orden jurídico en el sistema penal acusatorio colombiano?

Introducción.

El Derecho, entendido como aquel sistema normativo que regula las distintas relaciones que se originan en una sociedad organizada, es un instrumento de control social en permanente cambio y evolución; esto es así y no podría ser de otra forma, ya que la sociedad misma es dinámica y este hecho le plantea al sistema jurídico nuevas situaciones que requieren la intervención del Estado, y este lo hace esencialmente a través de sus normas jurídicas. Es así como el Derecho, en sus distintas especialidades debe desenvolverse de la misma forma que lo hace la sociedad, para poder responder a las necesidades y mantener el orden y la armonía en las relaciones sociales. En Colombia, se acogió un nuevo Marco Constitucional hace apenas 18 años, la Constitución Política de 1991, refleja el beneplácito alcanzado por las diferentes corrientes ideológicas que, en representación del país dieron forma al nuevo texto constitucional; mediante este nuevo marco general de acción se pretendió renovar al país, poniéndolo a tono con las nuevas realidades en cada uno de los escenarios y ámbitos en que se subdivide la vida del país. Una vez promulgada la nueva Carta Magna, se originaron las más diversas reacciones tanto a nivel interno, ¿cómo internacional? A nivel interno muchas voces hacían énfasis en la enorme distancia que se evidenciaba entre sus mandatos y la realidad socio-económica y política que se palpaba en los distintos escenarios en que se escribía el día a día de la historia nacional. Como respuesta se aducía que la Nueva Constitución contenía no una radiografía del país en el momento presente, sino de manera fundamental, un proyecto colectivo que requería el concurso de todos los sectores de la sociedad para posibilitarlo y desarrollarlo.

Al analizar el papel del Ministerio Público en el sistema penal acusatorio, resulta particularmente interesante observar que desde su aparición en el ámbito constitucional colombiano, ha sido como garante del debido proceso y de los derechos y garantías fundamentales de la víctima y del acusado ¿y de la sociedad? Este artículo intentará mostrar cómo en este nuevo modelo de procesamiento penal, la presencia del Ministerio Público resulta bastante problemática, si se observan las particulares características que estructuran, así como los principios que lo rigen el sistema penal acusatorio, no puede dejar de considerarse el carácter eminentemente contradictorio que ostenta su presencia en los desarrollos procesales acusatorios, toda vez que el proceso se erige en escenario de contienda de dos pretensiones diametralmente opuestas.

El régimen inquisitivo del anterior modelo facilitaba y volvía necesaria la intervención de diversos actores del proceso con facultades y pretensiones sustancialmente distintas, se aconsejaba la presencia de un sujeto que diera equilibrio a las partes. Teniendo en cuenta que el fiscal tenía la doble condición de acusador y funcionario investido de jurisdicción, lo cual le permitía no solamente limitar derechos fundamentales como la libertad, sino llevar a cabo el ejercicio de la acción penal, la presencia del Ministerio Público se hacía necesaria

como garante de un equilibrio constitucional que la simultaneidad de papeles requirentes y decisorias le impedía cumplir a la Fiscalía.

Con el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujo en el ordenamiento nacional el sistema procesal acusatorio, por medio del cual se modificaron algunas disposiciones de la Carta Política, principalmente el artículo 250, por medio del cual se incluyó un párrafo con el cual el constituyente aseguró la presencia del Ministerio Público en el proceso penal, de manera que continuara *“cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional”*.

No obstante, el órgano constituyente comprendió perfectamente que se trataba de una figura ajena por completo a un sistema procesal de tipo acusatorio, por eso, quizás, en las actas de discusión del proyecto que finalmente habría de convertirse en la ley que le dio desarrollo al modelo, puede observarse cómo desde un comienzo surgieron divergencias en relación con el rol del Ministerio Público y sus funciones en el nuevo modelo de procesamiento penal, pues se discutía su inscripción dentro del concepto de parte, de sujeto procesal o de simple interviniente, dificultad que no tuvo cabida en el anterior modelo, según ha sido observado por la Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Penal, M. P. José Leónidas Bustos Martínez, Aprobado Acta No.357 Bogotá D. C, cinco de octubre de dos mil once.

Para la realización de esta investigación, se utilizó el método jurídico doctrinal, haciendo uso de la ley, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, así como de la interpretación de los doctrinantes. De esta manera se intentará dilucidar el verdadero papel del Ministerio Público como un sujeto procesal en la ley 906 de 2004, ya sea como interviniente que desnaturaliza, desequilibra o por el contrario, salvaguarda el orden jurídico en el sistema penal acusatorio colombiano.

El papel del ministerio público en el sistema penal desde el panorama constitucional.

Resulta particularmente interesante que desde la propia aparición del Ministerio Público en el ámbito constitucional colombiano en la carta de 1830, se haya empleado por el órgano constituyente expresiones que aluden, en cuanto a las funciones de aquél, a su intervención ante las autoridades judiciales para que se *“observen las leyes”*. Así, en el artículo 100 de la Constitución Política de 1830, se disponía, en su ortografía original *“que el Ministerio Público será ejercido por un agente del poder ejecutivo con el título de Procurador General de la Nación, para defender ante los tribunales y Juzgados de la observancia de las leyes, y promover ante cualquiera autoridades, así civiles como militares y eclesiásticas, los intereses nacionales y cuanto concierna al orden público”*, y conservándose estos imperativos en las Constituciones de 1853, 1858, 1863 y en la de 1886, en un amplio dispositivo institucional le agregó a las funciones del Ministerio Público la de *“perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social”*, expresión esta que al decir de don José María Samper, uno de los autores de la carta de 1886, precisamente *“equivale a servir a la justicia”*, alcance que la Corte Suprema de

Justicia ha adoptado en diversas ocasiones, particularmente en la sentencia del 17 de febrero de 1971.²

Se trataba, entonces, de un órgano orientado “*bajo la suprema dirección del Gobierno*” artículo 142 de la constitución de 1886, no obstante que como también lo afirma la Corte en sentencia del 28 de febrero de 1985, al tenerse en cuenta las modificaciones introducidas al artículo 144 por el Acto legislativo de 1945, en sentido de que el Procurador General de la Nación será nombrado por la Cámara de Representantes, de una terna enviada por el Presidente de la República, para un periodo de cuatro años”, esto es que aquel ya no era designado directamente por el Presidente, como sucedía en 1986 y 1945, no podía seguirse entendiendo a la procuraduría como “*perteneciente a la rama ejecutiva del poder público*”, pues ello solo correspondía a un “*regazo constitucional*”.

Este incontrovertible cuestionamiento, unido a que, bien por falta de claridad en el texto o bien por la carencia de autonomía con que había aparecido el Ministerio Público en nuestra vida constitucional, hicieron que la comprensión jurisprudencial y el órgano legislativo extendieran dicha función bajo un contexto y proyección secundario, en la medida en que su presencia en los procesos judiciales y específicamente en el penal, lo fuera simplemente como un colaborador que remitía sus deberes a cumplir con la vigilancia de la actividad de los funcionarios encargados de la administración de justicia y de emitir una opinión frente a determinadas decisiones que debían tomar los jueces.

El ministerio público a la luz de la Constitución de 1991.

Al expedirse la Constitución de 1991, el Ministerio Público ha sido estatuido sustancialmente como un organismo autónomo e independiente dentro de la administración pública, conforme lo dispone el artículo 118 de la Carta, no obstante la Corte Constitucional continúe considerando, como lo hace en el fallo de constitucionalidad C-229 de mayo de 1995, que al estar sometido al cumplimiento de la ley “*ello da a entender que ésta (la Procuraduría) tal y como sucedía en la Constitución derogada de 1886, regulándose en el numeral séptimo del artículo 277 Constitución Política de 1991, que deberá intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en la defensa del orden público o de los derechos y garantías fundamentales*”, con lo cual dejó de ser un simple auxiliar de la jurisdicción que en la práctica parecía perder trascendencia, para pasar a ser sujeto procesal que, como tal, bajo su absoluto compromiso con la legalidad, los valores y la constitución, puede materializar su intervención mediante peticiones probatorias, recurriendo las decisiones cuando a ello encuentre lugar, o presentando alegaciones, es claro, que desde el momento mismo en que uno de su Delegados o Agentes es designado como su representante en un proceso, es sujeto procesal en el mismo y que bajo esta calidad actúa, incidiendo en falta disciplinaria o delito, según el caso, cuando siendo necesario no lo haga o lo hiciese contrariando la ley, es decir, por acción o por omisión.

². La sentencia del 17 de febrero de 1971, Gaceta Judicial Tomo CXXXVIII, Nros.2340, 2341 y 2342, p.42. Código de Procedimiento Penal Colombiano, título III, El Ministerio Público, pp. 823-828.

Sin embargo, con el fin de que la representación del Ministerio Público no quedase en el campo difuminándose en una multitud de procesos los cuales, por su propio volumen, tornasen extremadamente dificultosa su actuación, y que, por el contrario, tal representación fuese real y eficiente, el Constituyente de 1991, dispuso una cierta potestad para su intervención, en virtud de la cual no le es exigible que inflexiblemente intervenga en todos los procesos ni en todas las actuaciones judiciales, sino cuando “*sea necesario*”, dicción esta que ni gramaticalmente ni teniendo en cuenta los antecedentes de la disposición, puede entenderse como semejante de “*cuando crea necesario*” o “*cuando estime conveniente*”, alternativas que precisamente no fueron acogidas para impedir que una tal elección dependiera del absoluto arbitrio del Ministerio Público, corriendo el riesgo la sociedad de que en casos en que a pesar de la gravedad de los hechos y/o de la actuación misma, no actuase, y por el contrario, su actuación tuviera como fin la defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales, según pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de enero 20 de 1999, radicado 11242.

El ministerio público en el ámbito de la ley 600 de 2000 y en la ley 906 de 2004.

Lo que está en juego en la discusión sobre el ministerio público sistema acusatorio o principio acusatorio. Son las diferencias procesales que se derivan de asumir uno u otro criterio.

En cuanto a la filiación institucional: órgano extra-poder, no obstante se predicen de su actuación las mismas notas que de la fiscalía y el juez. Características de independencia e imparcialidad judicial y dependencia jerárquica y unidad de mando fiscal.

Los fundamentos de su participación: con relación como representante de los intereses de la sociedad; de las garantías procesales y de los derechos fundamentales.

Respecto a los procesados: esta la vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales; la participación en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la república que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental; buscando que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia; Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumpla de conformidad con los Tratados internacionales, la Carta Política y la ley.

Así mismo en relación de las víctimas:

¿Tiene sentido ahora después de la conversión de la víctima en acusador?, orden jurídico. Art. 277 C.N; Art. 250 reformado por el acto legislativo 02 de 2003.

El argumento de la tradición jurídica: tratándose de la intervención del Ministerio Público en el proceso penal, su presencia ha permanecido incólume desde el Código de 1.936 (artículos 191 y 180 del Decreto 409 de 1.971, 121 y 176 del Decreto 050 de 1.987, 131 y 188 del Decreto 2700 de 1.991, 122 y 178 de la Ley 600 de 2.000), en las diversas

legislaciones se ha conservado la calidad de sujeto procesal. Diferencias de su participación en un sistema de naturaleza acusatorio y otro de naturaleza inquisitivo. De sujeto procesal a órgano procesal. Su participación está guiada por el principio de eventualidad. Participación eventual.

Participación en sistemas inquisitivos. Especial referencia a la ley 600 de 2000.

El ministerio público actúa como un sujeto procesal (ley 600 de 2000). Como el Art. 176. Providencias que deben notificarse. Como el ministerio público es sujeto imprescindible para dotar de validez las actuaciones judiciales, resulta imperativo ponerle en conocimiento personal todas las decisiones que deban notificarse.

“Además de las señaladas expresamente en otras disposiciones, se notificarán las sentencias, las providencias interlocutorias y las siguientes providencias de sustanciación: la que suspende la investigación previa, la que pone en conocimiento de los sujetos procesales o el dictamen de peritos, la que declara cerrada la investigación, la que ordena la práctica de pruebas en el juicio, la que señala día y hora para la celebración de la audiencia pública, la que declara desierto el recurso de apelación, la que deniega el recurso de apelación, la que declara extemporánea la presentación de la demanda de casación, la que admite la acción de revisión”.

Como son: debe velar porque quien formule el desistimiento actúe libremente; solicitar la preclusión de la investigación o la cesación del procedimiento cuando considere que se reúnen los presupuestos para adoptar estas decisiones; intervenir en la audiencia pública para coadyuvar la acusación formulada por la fiscalía o solicitar sentencia absolutoria; solicitar las actuaciones, pruebas y providencias que considere dentro de los procesos en que intervenga.

En virtud de las facultades legales, el procurador estableció unas pautas de actuación mínima, entre ellas esta propugnar porque el proceso se tramite dentro de los términos legales; velar porque las peticiones de los sujetos procesales se resuelvan a tiempo; solicitar la oportuna vinculación de las personas imputadas; demandar la definición de la situación jurídica de los sindicados; pedir revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento; solicitar la preclusión de la investigación; intervenir en la práctica de pruebas; interponer los recursos legales pertinentes contra decisiones judiciales; velar porque se respeten los derechos humanos de los sindicados; propugnar por el restablecimiento del derecho y la efectiva indemnización de perjuicios.

“Cabe anotar que si bien en tales eventos la validez de los citados trámites judiciales no se afectaría por el incumplimiento de las obligaciones reglamentariamente impuestas a los agentes del ministerio público, dicha omisión podría acarrearles consecuencias sancionatorias”.

Su participación en la ley 906 de 2004. Ni sujeto procesal ni interviniente, sino órgano propio del proceso: contingencia de su actuación siempre y cuando se le hubiere convocado con debida antelación a ella a fin de posibilitar su asistencia. Si se mira el Art. 154 audiencias preliminares en las que puede participar el Ministerio Público, como son:

control de legalidad respecto de los elementos recogidos en las diligencias de investigación; práctica de prueba anticipada; la que dispone medidas de protección a víctimas y testigos; las que resuelven sobre medidas de aseguramiento y cautelares reales; la de formulación de imputación; la de aplicación del principio de oportunidad; petición de libertad antes del sentido del fallo.

El ministerio público bajo la mirada de la Corte Constitucional en el nuevo sistema penal acusatorio.

No obstante la Corte Constitucional³ examinó el tema de la presencia del Ministerio Público en el escenario del nuevo sistema penal acusatorio en los siguientes términos:

...“esta sala deduce que el parágrafo del artículo 250, adosado a la Constitución por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002, el cual, es el resultado de una discusión planteada desde los orígenes del proceso de adopción de la reforma constitucional referida, que giró en torno al papel de la Procuraduría General de la Nación en el desarrollo del nuevo sistema penal acusatorio del proceso penal. En el inicio, la idea residía en replantear las funciones del Ministerio Público en el proceso penal, ya que, tal y como se defendía en el proyecto presentado por el Gobierno, al conferir a los jueces de garantías el control de la legalidad de las medidas limitativas de derechos, la presencia del Ministerio Público dentro del esquema propuesto era redundante”⁴ ...

Es así como a lo largo de las discusiones legislativas, la perspectiva del Congreso respecto del papel de la Procuraduría en Nuevo Sistema Procesal penal se transformó al punto que en la segunda vuelta, durante el debate en el Senado de la República, dicha célula legislativa decidió permitir el ingreso del Ministerio Público al proceso Penal con el fin de armonizar sus funciones con aquellas que le confiere el artículo 277 de la Constitución Política y permitir, fundamentalmente, la conservación y protección de las garantías sustanciales y procesales, de contenido individual y público, en el desarrollo de los procesos penales tramitados en el país. Esta medida figuró posteriormente en el texto puesto a consideración de la Plenaria del Senado, en el último debate de Acto Legislativo, en la norma que actualmente conforma el parágrafo del artículo 250 de la Carta Política.

A partir de esta situación se advierte que el Ministerio Público ha quedado investido de una serie de funciones que cuáles son: Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo. Defender los intereses de la sociedad. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. Intervenir en los

³ En sentencia C-966 de octubre 21 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional.

⁴ ibídem

procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria. Las demás que determine la ley.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias, a no dudarlo, habrán de colocarlo en el nuevo ordenamiento procesal con una dimensión humana e institucional de mucha trascendencia. Así, el Ministerio Público queda investido de una triple función: la primera, en beneficio de la sociedad y protección de la misma, procurando que se investiguen los delitos y se sancione a sus autores; la segunda, en representación, podría decirse de la misma justicia, pero concretamente a favor de las personas acusadas, para que ejerza su defensa; la tercera, en beneficio de las víctimas del delito, para perseguir en su nombre la indemnización de los perjuicios causados con la infracción y para la defensa de sus derechos. Al mismo tiempo tiene a su cargo, no una vigilancia policiva sino procesal, de todas aquellas personas que por una u otra razón se hallan disfrutando de libertad total o parcial, mediante ciertos compromisos y obligaciones adquiridas dentro de un proceso como en los subrogados penales, el arresto domiciliario, la detención parcial en el propio lugar de trabajo o de estudio, entre otros.

El Ministerio Público tiene también a su cargo la tarea de ser defensor de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, de policía y de internación psiquiátrica, para que quienes allí se encuentran a disposición de la administración de justicia, reciban el digno tratamiento que merecen como personas. Habrá de vigilar muy estrictamente la ejecución de las penas y medidas de seguridad para que puedan cumplir al máximo sus fines resocializadores de la pena, según el artículo 4 Código Penal Colombiano.

En el Código de Procedimiento Penal, en lo referente a los artículos 112 y 357, a los que se integra por unidad normativa el artículo 374, en la expresión “*deberá ser solicitada o presentada en audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357*”, la Corte Constitucional en sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010, determinó que resulta ajustado a los artículos 29 y 250 de la Carta Política. A su juicio, el modelo del proceso penal adoptado por el constituyente en el Acto Legislativo 03 de 2002, no excluye cualquier intervención en el debate probatorio que no provenga de las partes.

De esta forma, la facultad del Ministerio Público para solicitar una prueba, no rompe con el debido proceso, el carácter adversarial y la igualdad de armas que debe existir entre la Fiscalía y el procesado. Por el contrario, según la Corte, atiende a los principios y fines del Estado, en procura de una justicia imparcial, conforme con los principios de legalidad e igualdad de las partes en el proceso y salvaguarda de los demás derechos en juego; en especial, el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia. Mediante esta sentencia⁵ la Corte Constitucional declaró exequible el inciso final del artículo 357, excepcionalmente, “*agotadas las solicitudes probatorias de las partes*”, el Ministerio

⁵ Sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010, Corte Constitucional.

Público podrá solicitar la práctica de una prueba no pedida, de la cual tuviere conocimiento y que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio. Su carácter excepcional deriva de que se trata de la única solicitud probatoria que puede ser tramitada con posterioridad a la audiencia preparatoria, tal como lo prevé este artículo⁶.

*“Tampoco se supe la exclusión de los representantes de las víctimas de la posibilidad de efectuar solicitudes probatorias, con la facultad excepcional que el inciso final del artículo 357 del C.P.P. de la disposición acusada confiere al Ministerio Público, para solicitar, en el juicio, la práctica de una prueba no solicitada en la audiencia preparatoria y que pudiera tener esencial incidencia en los resultados del juicio. Los intereses que defiende el Ministerio Público en el proceso Penal (el orden jurídico, el patrimonio público, o los derechos y garantías fundamentales, Art. 109 C.P.P), son muy diferentes a los intereses que agencia el representante de las víctimas, englobados en los derechos a conocer la verdad, a que se haga justicia en su caso y obtener reparación. A lo anterior se agrega que la Constitución (artículo 250, parágrafo), de manera expresa conforma la participación del Ministerio Público en el proceso penal, conforme las competencias del artículo 277 de la Carta”.*⁷(Sentencia C-966 de octubre 21 de 2003).

“Ministerio Público en el sistema penal acusatorio, tiene carácter de interviniente garantiza la imparcialidad y evita desequilibrios a favor o en contra de una de las partes en el proceso, los procuradores judiciales pueden intervenir en las actuaciones adelantadas por los jueces, la fiscalía y la policía judicial a efectos de defender el ordenamiento jurídico, el patrimonio público y las garantías y derechos fundamentales. Los personeros municipales ejercen este mismo control en los procesos ante los jueces municipales y ante los respectivos fiscales”. (Corte Constitucional, Sentencia C-260/11, Expediente D-8269, Jorge Iván Palacio Palacio)

La figura del ministerio público en el sistema penal acusatorio en Colombia y la seguridad jurídica en el enfoque neoliberal.

Son incalculables los cambios suscitados en desarrollo del nuevo marco constitucional en todos y cada uno de los ámbitos de la realidad colombiana, y a nivel del Derecho Penal, se requirió adecuar las instituciones y procedimientos para ajustarlos a la Carta Política de 1991; más aún, se requirió modificar la misma Constitución Nacional para viabilizar los cambios que ella misma exigía en esta materia, y que apuntaban fundamentalmente a adecuar el sistema penal a las nuevas circunstancias e instituciones, ya implementadas en contextos socioeconómicos semejantes al nuestro país.

Así, partir de la reforma constitucional introducida con el Acto Legislativo número 03 del año 2002, se introduce el Sistema Penal Acusatorio, caracterizado por ser un sistema adversarial, donde las partes, Fiscalía y defensa, se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o

⁶ ibídem

⁷ Sentencia C-966 de octubre 21 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional colombiana

absuelve. También pueden intervenir el ministerio público y la víctima: el primero para salvaguardar el orden jurídico y la segunda para que se le garanticen la verdad, la justicia y la reparación.

Con respecto al rol del Ministerio público, se hace necesario responder interrogantes, tales como ¿cuál es la función que ejerce en los allanamientos y preacuerdos?:

“...Por regla general, al Ministerio público le está vedado oponerse a las acusaciones originadas en allanamientos o preacuerdos, admitiéndose como única excepción la acreditación de manifiestas vulneraciones a las garantías fundamentales, evento en el cual está facultado para hacer las postulaciones respectivas y, en el supuesto de decisiones adversas, acudir a los recursos de ley.

En materia de preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el indiciado, imputado o acusado, es claro que la legislación procesal no le permite al Ministerio Público oponerse a ellos, pero sí, habiendo sido convocado a esos actos de justicia consensuada, dejar constancia sobre su postura en relación con los temas que justifican su participación y que advierta afectados por las estipulaciones de las partes, lo cual, eventualmente, le podría permitir acreditar el interés para recurrir los pronunciamientos judiciales en torno a ellos”.(Corte Suprema de Justicia, sentencia única instancia del 6 de febrero de 2013, radicado 30.592)

“...La Corte tiene dicho que desde el mandato del artículo 277 constitucional el legislador procesal de la Ley 906 del 2004 determinó que era viable la participación activa del Ministerio Público dentro del trámite judicial, no como un interviniente especial (que lo es la víctima), sino como un organismo propio dentro del proceso penal (sentencia del 5 de octubre de 2011, radicado 30.592), en aras de cumplir con los fines superiores que le corresponden: la defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales.

Esa participación debe ejercerla sin que le sea dable alterar el equilibrio que debe prevalecer dentro del proceso, en el entendido que este se desarrolla por la contradicción entre dos partes que asumen el debate en igualdad de condiciones (Fiscalía y defensa). Por ello, sus intervenciones no pueden apuntar a lograr que la balanza se incline en pro o en contra de alguna de esas partes.

A este respecto no puede perderse de vista que el ejercicio de la acción penal constitucionalmente se halla adscrita a la Fiscalía, quien actúa por medio del Fiscal General de la Nación o sus delegados, y que de igual modo el imputado tiene el derecho de participar en las actuaciones judiciales que lo afecten, a tal punto de renunciar a algunos derechos conferidos por el ordenamiento, a cambio de obtener una pronta definición de su caso y el reconocimiento de algunos beneficios a los que no podría acceder si el proceso transita por el sendero ordinario.

Sin embargo todas estas manifestaciones de justicia consensuada, no sólo deben estar regidas por la legalidad, sino que no deben afectar derechos de terceros, pues si esto ocurre, se activa la legitimidad del Ministerio Público para intervenir ante la eventual

trasgresión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, los cuales son indisponibles por las partes involucradas. Igual acontece si los acuerdos contrarían el ordenamiento interno o desconocen el derecho internacional humanitario, o versan sobre infracciones graves a los derechos humanos, sobre las cuales no puede mediar negociación alguna por ser contrarias a los compromisos internacionales que integran el denominado Bloque de Constitucionalidad, la Constitución o la Ley”. (Corte Suprema de Justicia, M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO, Casación 39.892 Aprobado acta N° 029.)

Además de la necesidad de adecuar las instituciones que administran justicia en el campo penal a las nuevas realidades de nuestra sociedad, no se puede obviar el papel que aquí ha jugado el más importante aliado comercial y político de nuestro país en la actualidad, es decir, Estados Unidos de Norte América, quien además de financiar en buena medida la implementación de la reforma, ha servido de forma indirecta, según los expertos como Uprimny y Rodríguez, de modelo para su implementación, atendiendo además al hecho que nuestro país ha tomado como modelo a Puerto Rico, quien a su vez lo tomó prestado de este país norteamericano. La financiación de la reforma a la justicia era un componente del Plan Colombia, que era una estrategia militar de intervención de Estados Unidos en Colombia, en los que descansa ese enfoque neoliberal sobre el sistema judicial y que ofrece elementos para una perspectiva analítica y política distinta, centrada en lo que llamamos “*institucionalismo social*”, como lo analizan Uprimny⁸ y Rodríguez en su exposición ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado?, el mayor éxito económico para aquellas sociedades que logran disminuir los costos de transacción, gracias a una adecuada definición de los derechos de propiedad y una buena protección de la seguridad en los contratos, ¿dónde quedan las garantías constitucionales de los ciudadanos?.

El aporte fundamental del neoinstitucionalismo al conocimiento ha sido promover la discusión sobre el efecto de las instituciones en las economías y las sociedades contemporáneas. Su defecto ha sido adoptar una visión funcionalista de las instituciones que reedifica la propiedad privada y el mercado. De lo que se trata, entonces, es de tomar en serio la invitación neoinstitucionalista a pensar las instituciones, pero desde una perspectiva de filosofía moral y de políticas públicas que le de tanta importancia a la libertad como a la igualdad, la visión que se plantea hechos por las doctrinas constitucionales que a lo largo y ancho de América Latina han promovido la protección de derechos sociales, se ha de utilizar el término institucionalismo social antes que el más difundido “*constitucionalismo social*”.

El tipo de visión que no se limita al ámbito de la decisión judicial en materias constitucionales, sino en general a todas las decisiones sobre instituciones públicas. En esta medida, el institucionalismo social adopta la concepción amplia de lo que es una institución que ha sido articulada por el neoinstitucionalismo, pero incluye en la discusión objetivos fundamentales como son: la legitimidad del Estado, la garantía para todos de condiciones de vida dignas y la responsabilidad social de los individuos y las empresas que van más allá de la protección del mercado. En este sentido, el institucionalismo social tiene que ver con asuntos tan variados

⁸ Uprimny y Rodríguez, ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la Reforma Judicial en Colombia y en América latina, 2001. Pp1-5, 16, 21, 24.

Disponible en: <http://www.juecesyfiscales.org/juridicas/textos-juridicos/104-justicia-para-todos-o-seguridad-para-el-mercado.html>

como el régimen de impuestos, los programas de asistencia social, las políticas laborales y de seguridad social y la política criminal.

Nada puede objetarse a que las reformas pretendan hacer más eficiente la justicia y busquen reducir sus costos. Una justicia más rápida, económica y eficaz no sólo favorecería el desarrollo económico, conforme lo plantean los neoinstitucionalistas, sino que además tendría otras consecuencias deseables en una democracia, como la reducción de costos de la justicia permitiría utilizar los dineros ahorrados en favorecer el acceso a la justicia, o en mejorar la cobertura y prestación de otros servicios públicos, como la educación o la salud.

A sí mismo, la existencia de una justicia más eficaz y rápida tiende a favorecer especialmente a los sectores más vulnerables de la sociedad, quienes en ocasiones son los más afectados por la congestión y morosidad del aparato judicial, pues no cuentan con los recursos económicos para esperar los largos años que hoy toma un proceso judicial. No tienen, como dice Cappelletti (1974-152), “*resistencia para aguardar*” y por ello son quienes más requieren una justicia pronta y rápida.

Es notable como el olvido de la desigualdad social también ha tenido impactos negativos sobre la imparcialidad de la justicia estatal, las cuales en Colombia, se vislumbra en las reformas recientes, centradas en la eficiencia, no han abordado con vigor la necesidad que, dentro de la propia administración de justicia, existan mecanismos para que en el proceso exista un equilibrio real entre los sujetos procesales, así también de una forma notable en el desbalance señalado entre los recursos de la Fiscalía y los de los defensores públicos, esta desigualdad es clara en los campos civil, laboral y administrativo, en donde los sectores pobres sólo cuentan con la oferta de los consultorios jurídicos, que tienen cubrimientos limitados. Para que exista un proceso realmente imparcial, es necesario que el Estado reequilibre la situación de las partes débiles. Como lo señala Cappelletti en un estudio clásico sobre el tema:

“En verdad, para que se tenga un proceso justo no basta que ante un juez independiente e imparcial haya dos partes en contradictorio, de modo que el juez pueda escuchar las razones de ambas. [Es] menester además que esas dos partes se encuentre en condiciones de paridad no meramente jurídica (lo que puede significar meramente teórica) sino que haya entre ellas efectiva paridad práctica, lo que quiere decir paridad técnica y también económica. También en el campo del proceso, los “derechos sociales” se manifiestan, en suma, como la integración necesaria de los derechos clásicos de libertad” (Cappelletti 1994, p 110)

La seguridad jurídica en el enfoque neoliberal tienen una inaceptable selectividad, pues existe una gran preocupación por salvaguardar la propiedad y los contratos, pero no parece existir el mismo interés en proteger los derechos fundamentales y las garantías sociales de los ciudadanos. Los mismos funcionarios y académicos que defienden a ultranza la seguridad jurídica para las empresas proponen, ignorando la evidente contradicción práctica en la que incurren, la continua variación de las expectativas de los trabajadores en relación con su edad de jubilación. La pregunta obvia es entonces: ¿para quién es la seguridad jurídica? En contravía de la agenda neoliberal, el institucionalismo social propone que la seguridad jurídica sea tomada en serio también cuando los destinatarios de las reformas sean los grupos sociales menos favorecidos.

Si la profundización de la democracia requiere la construcción de una ciudadanía social, el Estado debe tener funciones redistributivas más amplias de lo que plantea la ideología neoliberal, la administración de justicia debe jugar un papel importante en la construcción de esa ciudadanía social, teniendo en cuenta que una de las características criticables del Estado benefactor⁹ ha sido que la concesión de las prestaciones necesarias para satisfacer los derechos sociales no ha sido siempre igualitaria ni transparente porque ha dependido de criterios discrecionales de las administraciones públicas. La creación de mecanismos judiciales que permitan controlar el poder de esas burocracias podría entonces asegurar una mayor transparencia e igualdad en ese campo, los jueces pueden, en determinadas circunstancias, amparar demandas de derechos sociales, tal y como lo han hecho, en contextos distintos, los tribunales constitucionales de Colombia, Sudáfrica, India o Hungría. Con esto, se puede asegurar una mayor eficacia de esos derechos y la realización de la ciudadanía social.

Con el institucionalismo social se intenta construir un sistema judicial que contribuya a la implantación de un Estado social de derecho que sea eficiente, transparente y equitativo. Es cierto que las políticas benefactoras generan dificultades fiscales, en ocasiones son inequitativas y producen intervenciones burocráticas alienantes y poco transparentes, que erosionan el dinamismo de las sociedades democráticas. Hay pues que tomar en serio las críticas contra el Estado benefactor pero sin abandonar los ideales de justicia social del Estado social de derecho. Es pues importante no confundir el Estado social con el Estado benefactor, el cual, nunca ha existido como tal en América Latina.¹⁰

Lo anterior no obsta para que el sistema procesal penal en Colombia tenga sus particularidades, tal como las evidenciaba el llamado sistema mixto que tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2004 en todo el país; precisamente una de las particularidades del sistema colombiano es el papel que se le atribuye al Ministerio Público, el cual se constituye en el elemento central de este trabajo; son muchas las críticas que se emiten al papel de esta institución en el Sistema Penal Colombiano; las voces van desde aquellos defensores, docentes que argumentan que su intervención desnaturaliza un proceso que, en esencia, es de naturaleza adversarial, involucrando dos oponentes, Fiscalía y Defensa, que se enfrentan en un plano de igualdad Jurídica; hasta quienes los constituyentes, docentes, sostienen que las particularidades de la sociedad colombiana justifican la presencia del Ministerio Público como un interviniente más en el proceso; incluso, hay voces que pronostican el inminente colapso de todo el sistema procesal penal, pues lo consideran inviable en una sociedad como la colombiana en la actualidad.

Es importante aclarar que quienes exponen estas ideas preliminares no pretenden llegar a conclusiones definitivas en torno a la situación planteada; el ánimo que asiste al plasmar estas reflexiones es exponer una primera aproximación que contribuya al debate, y quizá sirva de punto de partida para estudios más profundos y sistemáticos, alimentados por la evolución misma del sistema.

⁹ ibídem

¹⁰ ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? el neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América latina, 2001, p 16.

En primer lugar, veamos algunos de los principales argumentos expuestos por aquellos que consideran que la intervención del Ministerio Público desnaturaliza el proceso penal acusatorio. El punto de partida es, sin duda, el hecho de que al ser este un proceso de partes, de naturaleza adversarial, donde sus protagonistas, Fiscalía y Defensa, se enfrentan en un plano de igualdad frente a un tercero neutral, el Juez, quien finalmente fallará de acuerdo a la verdad procesal que se imponga, sea ésta la del ente acusador o la de la defensa. La idea central del esquema propuesto es que las partes en contienda se enfrentan en un proceso dialéctico donde, en teoría, se puede afirmar que se da una igualdad de armas.

Desde esta perspectiva, la intervención de un tercero, en este caso, el representante del Ministerio Público, vendría a romper este equilibrio, ya que éste al decidirse por alguno de los extremos de dicha relación, tal y como se lo permite el ordenamiento jurídico, necesariamente va a dejar en desventaja a la parte contraria, corriendo el peligro como ha sido lo usual que termine coadyuvando las tesis de la Fiscalía, quedando la defensa en una evidente desventaja, por cuanto ya no tendrá un solo oponente, es decir el Fiscal, sino que a él se sumará el Representante del Ministerio Público y el apoderado de las víctimas, con lo cual el desequilibrio se torna aún mayor. Los seguidores de este criterio se apoyan además en el hecho de que el proyecto inicial presentado por el gobierno a consideración del legislativo, excluía al Ministerio Público del escenario del nuevo proceso penal, esto en virtud al papel que en él se atribuía a los Jueces de Control de Garantías, el cual hacía innecesaria la presencia del mencionado representante. Desde aquí se llama la atención sobre el hecho de que la intervención del Ministerio Público en el Nuevo Sistema Procesal Penal, solo vino a revivir en la discusión en la segunda vuelta del proyecto de reforma constitucional ante el senado de la República.

Quienes, por el contrario, defienden el papel del Ministerio Público en el Proceso Penal Acusatorio adoptado en Colombia a partir de la promulgación y entrada en vigencia de Ley 906 del año 2004, exponen como argumentos a favor, entre otros los siguientes: el legislador al permitir la participación del Ministerio Público en el Proceso Penal Acusatorio en Colombia, no lo hizo para pagar algún tipo de favor político, sino para permitir a esta entidad cumplir con los fines que la Constitución Política de 1991 le traza en el artículo 277; es decir que éste es un interviniente de origen constitucional que únicamente interviene en defensa de los intereses de la sociedad en aquellos casos que, según su criterio, resultan de mayor interés social.

Si bien es cierto que dicho planteamiento parte de una premisa cierta, esto es, que el artículo 277, numeral 7° de la Constitución señala como función del Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados, la de “*intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*”, no lo es menos, no comparte la conclusión a la que llegan: que en desarrollo de esa función a favor de las víctimas mayores de edad, por las siguientes dos razones:

La primera, porque el Ministerio Público desarrolla su función constitucional de intervención y vigilancia en los procesos judiciales, de un lado, en caso de necesidad de protección del ordenamiento jurídico y de derechos y garantías fundamentales y, de otro,

dentro de los parámetros, condiciones y oportunidades que la ley dispone. Así, por ejemplo, al igual que los funcionarios judiciales que tienen a su cargo la oportuna y correcta administración de justicia sólo pueden intervenir en los procesos cuando la ley les otorga jurisdicción y competencia, la Procuraduría puede hacerse parte de ellos cuando la ley establece, en forma precisa, su intervención para la defensa de los derechos e intereses de la sociedad. La segunda, al legislador corresponde, en ejercicio de su facultad de libre configuración normativa del proceso penal, concretar los momentos y las circunstancias en las que los sujetos procesales o los interesados intervengan en las diferentes etapas procesales.

Frente al argumento de que su intervención rompe el equilibrio procesal que, en teoría existe entre las partes, se alega que su labor no está comprometida con intereses de parte, que al Ministerio Público no le interesa, en primera instancia acusar o defender, sino que el caso se resuelva en derecho y en función de una recta administración de Justicia; es decir, que aquí se hace énfasis en su rol independiente en el esquema del nuevo proceso penal. Complementariamente se aclara que lo usual es que se presente coincidencia con una u otra postura, esto es, Fiscalía o Defensa, no por intereses particulares, sino por la sola percepción de la verdad desde la óptica de quien representa a la sociedad; esto hace que se reclamen condenas ejemplares en casos de graves violaciones a la ley penal; o por el contrario se pida absolución del acusado, si no ha logrado el ente acusador quebrantar la presunción de inocencia. Se destaca que en el debate legislativo concluyó que “... *al no corresponder esta institución a la calidad de parte ni interviniente, debe erigirse como un organismo propio dentro del proceso, estableciéndose para ello una serie de facultades, por lo tanto se hace necesario establecer un título que contenga las atribuciones y funciones de esta entidad...*”. (Gaceta Judicial Tomo CXXXVIII, Nros.2340, 2341 y 2342, p. 42. Sentencia del 17 de febrero de 1971).

Como consecuencia de la discusión adelantada en el congreso, y a partir de la participación de quienes avalaban la participación del Ministerio Público en los procesos penales, se dispuso modificar el proyecto original, en el sentido de cambiar la ubicación en el proyecto de código procesal penal del articulado referido al Ministerio Público, de manera que el orden del Título Cuarto quedara así: “*Capítulo Primero, Fiscalía General de la Nación; Capítulo Segundo, Defensa; Capítulo Tercero, Imputado; Capítulo Cuarto, Víctimas*”, destinándose el Título Tercero específicamente para el Ministerio Público, teniendo en cuenta su condición de “*órgano propio*” dentro del proceso. Es decir, se suprimió su condición de parte.

De acuerdo con lo anterior se advierte que en el sistema procesal acusatorio, por voluntad del órgano legislativo, el Ministerio Público no es sujeto procesal, toda vez que esta categoría aparece normativamente reservada a la Fiscalía General de la Nación en quien recae la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, así como en la defensa esto es, el procesado y su defensor.

Tampoco es un interviniente, dado que no persigue la definición de un interés particular. Es un organismo propio destinado a cumplir los propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales, le asigna la Constitución Política.

Está la nueva filosofía del procedimiento en el que se inspira la dialéctica y dinámica del procedimiento que entraña el sistema penal acusatorio en nuestro país. Los principios, reglas y garantías constituyen las bases o ejes sobre los cuales han de resolverse las situaciones propias de la hermenéutica del Código Procesal Penal.

Si se subsana, de un lado, que el proceso acusatorio, siendo adversarial, exige que se conserve el equilibrio y la igualdad entre las partes en contienda; y, de otro, que los fines del Ministerio Público en las actuaciones judiciales deben cumplirse, en cuanto resulte necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, sobreviene claramente que su intervención en el proceso penal es eventual en tanto puede o no ejercerla y que corresponde en la práctica a la de un sujeto especial cuyas únicas pretensiones son la defensa del orden jurídico, la protección del patrimonio público y el respeto por las garantías y derechos fundamentales, que busca asegurar esos cometidos superiores, sin que le sea permitido alterar el necesario equilibrio de las partes principales del proceso, que, en últimas, no pueden ser otras que la acusación y la defensa, dado el carácter eminentemente contradictorio que el modelo exhibe, sin perjuicio del compromiso que comparte con la Fiscalía de propender por la garantía de los derechos de las víctimas y, por supuesto, del procesado, pues la fiscalía también es custodio de la ley, interesada en realizar el derecho, por lo que también debe velar por el cumplimiento de las garantías y derechos reconocidos al procesado.

El Ministerio Público, su función de garante.

Bajo esta perspectiva, frente al nuevo proceso, en la indagación, la investigación y el juzgamiento, se le asignan diversas funciones relacionadas, algunas, con su condición de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales del procesado y la víctima y, otras, como representante de la sociedad. Funciones, casi todas, signadas por la contingencia de su actuación. Hay que recordar que aparentemente la única actuación obligatoria del ministerio público en el proceso penal es la que consiste en ordenarle al juez que se pronuncie sobre la suerte de los bienes sometidos a registro, cuando éste no lo hace en la sentencia, lo cual significa que la legalidad del proceso o la existencia o validez de una audiencia o diligencia determinada, no quedará comprometida en ausencia de su ejercicio, siempre y cuando se le hubiere convocado con la debida antelación a ella a fin de posibilitar su asistencia, pues es la forma como el modelo asegura que pueda cumplir los cometidos que constitucional y legalmente le han sido asignados.

En cuanto a la forma de citación, la legislación procesal no establece una modalidad específica de hacerlo, al punto de indicar que para el cumplimiento de sus funciones, los funcionarios judiciales y de policía judicial lo enterarán oportunamente por el medio más expedito, debiéndose entender por tal, cualquier instrumento eficaz de citación, o mecanismo idóneo para enterar, comenzando por la información personal, y toda la variedad de posibilidades que ofrecen los avances tecnológicos, a partir del uso de elementos como teléfono, fax, correo electrónico, mensajes de texto, entre otros, con la única salvedad de que, de ser necesario, puedan ser objeto de verificación posterior en caso de controversia.

En relación con la primera categoría de funciones, esto es, la de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, al Ministerio Público le corresponde, entre otras, las de ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales. En tal medida, debe verificar que las diligencias de allanamiento no se desvíen de su finalidad o se realicen sobre elementos u objetos no susceptibles de registro y que se lleven a cabo dentro de los términos preestablecidos; igualmente, que se cumplan los presupuestos, objetivos, las limitaciones y los términos.

Es necesario recordar además la función del Ministerio Público en diligencias de allanamiento a partir de la reforma de la ley 1453 de 2011, en el artículo 225, parágrafo, que exige su presencia en la diligencia y posteriormente en la audiencia de control, para la interceptación de comunicaciones, la búsqueda selectiva en bases de datos, los registros y toma de muestras corporales, o exámenes científicos que involucren al indiciado o imputado, pues en caso contrario, se halla facultado para pedir la terminación o la limitación de la medida, o, de ser el caso, solicitar la exclusión de la evidencia obtenida con transgresión del ordenamiento jurídico.

En tal razón, cabe resaltar que las inspecciones corporales deben realizarse observando toda clase de miramientos compatibles con la dignidad humana, propósito primordial que debe procurar garantizar el Ministerio Público, más aún si se trata de diligencias que se cumplen por funcionarios de policía judicial y no en el marco de las audiencias preliminares, o del juicio oral, público y contradictorio.

Pese a esta amplia gama de facultades que justifican la intervención del Ministerio Público en las actividades investigativas de la policía judicial, sea que hayan sido autónomamente dispuestas u ordenadas por la Fiscalía o un Juez de Garantías, es lo cierto que por fuera del derecho que le asiste a que se le informe y se le cite pertinentemente a la práctica de las audiencias y diligencias, no tiene jerarquía alguna sobre los jueces, fiscales o funcionarios de policía judicial, de modo que el acceso a la información, evidencias o elementos materiales recaudados, sólo puede lograrlo en las oportunidades y condiciones procesalmente establecidas, a las cuales debe sujetarse, pues lo contrario implicaría suponer que goza de privilegios frente a la fiscalía, la defensa o las víctimas, lo cual repele a la idea de proceso equilibrado, con igualdad de armas entre acusación y defensa.

En ese orden de ideas, no resulta posible, por ejemplo, que pueda gozar de acceso a toda la información recaudada por la Fiscalía o la defensa, cuando ni siquiera para ellas se ha dado inicio a la fase de descubrimiento probatorio.

Así, también dentro de las funciones que le incumbe cumplir como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, al Ministerio Público le compete participar en las diligencias o actuaciones a cargo de los funcionarios judiciales (jueces o fiscales), que impliquen afectación o menoscabo a un derecho fundamental; procurar que se cumplan los cometidos de verdad y justicia implícitos en las decisiones judiciales; velar porque las condiciones de privación de libertad, se cumplan conforme con los tratados internacionales, la Constitución Política y la ley; vigilar que en los procesos por graves violaciones a los Derechos Humanos o violaciones al Derecho Internacional Humanitario, en forma contundente y temprana se resuelvan los conflictos de jurisdicción que puedan suscitarse;

asegurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa y participar, conforme lo prevé el Código de Procedimiento Penal, cuando lo considere necesario, en el desarrollo de las audiencias.

Es de anotar que, como representante de la sociedad, en el curso de la actuación tiene determinadas las facultades de solicitar la condena o la absolución del acusado e intervenir en la audiencia de preclusión; abogar por la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos; velar porque se respeten los derechos de las víctimas, los testigos y demás intervinientes del proceso, así como verificar su efectiva protección por parte del Estado; intervenir en las audiencias en las que proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima y en las relacionadas con la aplicación del principio de oportunidad, con el fin de que se respeten los derechos de aquélla a la verdad, la justicia y la reparación. Además, tiene a su cargo el deber de denunciar todo fraude o colusión procesal que advierta.

En materia de preacuerdos, acuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el indiciado, imputado o acusado, es claro que la legislación procesal no le permite al Ministerio Público oponerse a ellos, pero sí, habiendo sido convocado a esos actos de justicia consensuada, dejar constancia sobre su postura en relación con los temas que justifican su participación y que advierta que fueron afectados por las estipulaciones de las partes, lo cual, fortuitamente, le podría permitir acreditar el interés para recurrir los pronunciamientos judiciales en torno a ellos.

Por este motivo, no puede perderse de vista que el ejercicio de la acción penal constitucionalmente se halla adscrita a la Fiscalía, quien actúa por medio del Fiscal General de la Nación o sus delegados, y que de igual modo el imputado tiene el derecho de participar en las actuaciones judiciales que lo afecten, a tal punto de desistir a algunos derechos conferidos por el ordenamiento, a cambio de obtener una rápida definición de su caso y el de conseguir algunos beneficios a los que no podría acceder si el proceso transita por el sendero ordinario.

Por ende, todas estas expresiones de justicia consensuada, no sólo deben estar regidas por la legalidad, sino que no deben afectar derechos de terceros, pues si esto ocurre, se activa la legitimidad del Ministerio Público para intervenir ante la ¿casual? transgresión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, los cuales son indisponibles por las partes involucradas. Igual acontece si los acuerdos contrarían el ordenamiento interno o desconocen el derecho internacional humanitario, o versan sobre infracciones graves a los derechos humanos, sobre las cuales no puede mediar negociación alguna por ser contrarias a los compromisos internacionales que integran el denominado Bloque de Constitucionalidad, la Constitución o la Ley.

Al mismo tiempo, en ese escenario de contingencia que regula su acción, la Ley 906 de 2004 faculta al Ministerio Público para solicitar el cambio de radicación; formular querrela cuando el ofendido esté imposibilitado para hacerlo, sea incapaz, carezca de representante legal o éste sea autor o partícipe del delito; solicitar la adición de la decisión en la cual el funcionario competente omita el pronunciamiento definitivo, sobre bienes afectados con fines de comiso; solicitar el embargo y secuestro de bienes del imputado, en los procesos en

que la víctima sea un menor de edad o un incapaz; a instancias de la víctima, promover el ejercicio del incidente de reparación integral; solicitar el relevo del defensor discernido cuando se advierta incompatibilidad en la defensa, en cuanto al proceso es fundamentalmente, la conservación y protección de las garantías sustanciales y procesales, de contenido individual y público, en el desarrollo de las causas penales tramitados que se llevan en nuestro país.

Así mismo, puede interesarse en el trámite de las audiencias preliminares; recurrir en casación y promover la acción de revisión y; solicitar la práctica de pruebas anticipadas en aquellos asuntos en los cuales esté ejerciendo o haya ejercido funciones de policía judicial. (Sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010, Corte Constitucional).

Es de anotar que cuando el Ministerio Público en ejercicio de su discrecionalidad, resuelva asistir a la audiencia de formulación de acusación, el ordenamiento procesal dispone que el juez de conocimiento debe correrle traslado del escrito de acusación presentado por la Fiscalía, a fin de que, si lo considera necesario, pueda expresar oralmente los motivos de incompetencia, impedimento, recusación y nulidad que advierta, así como para formular las observaciones que estime pertinentes sobre el escrito de acusación, de modo que, si encuentra que no reúne alguno de los requisitos establecidos por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía, a instancias del presidente de la audiencia, previo traslado a las partes para que se pronuncien en torno a la petición, proceda a aclararlo, adicionarlo o corregirlo de inmediato, en los puntos o aspectos respectivos dispuestos por el juez, para lo cual la Fiscalía, también en observancia del deber de lealtad y buena fe en sus actuaciones, deberá proceder en consecuencia, a riesgo, en caso contrario, de que el juez decida suspender la audiencia hasta que se cumpla lo dispuesto o rechazar la acusación por manifiesto incumplimiento de los presupuestos legales, respecto de cuyas decisiones proceden los recursos ordinarios.

La pregunta que surge obvia, es, qué pasa si el funcionario judicial considera que no le asiste razón al Ministerio Público en la enunciación de sus reparos, porque estima que sí es competente, o que no se configuran motivos de impedimento, recusación o nulidad, o que el escrito de acusación satisface los presupuestos legales.

Por lo que el ordenamiento faculta al Ministerio Público para interponer los recursos que estime pertinentes, previa acreditación de la legitimidad e interés, esto es, de la necesidad de salvaguardar un derecho fundamental o recuperar la legalidad del procedimiento o proponer el incidente de definición de competencia o formular recusación correspondiente, según sea el caso.

Prima facie, se entendiera que tal tipo de soluciones se ofrecen excesivamente dilatorias del trámite procesal, contrariando los principios de celeridad y economía. Pero no puede perderse de vista que una de las funciones del juez en esta fase del proceso consiste precisamente en poner a tono la actuación con las posibilidades reales de proferir un fallo de mérito, precaviendo la configuración de un motivo de ineficacia de lo actuado, sea por el factor competencia, o por concurrir en alguna causal de inhibición, o porque la acusación no cumple los requisitos prefijados en el ordenamiento procesal penal.

Por esto, resulta comprensible la suspensión del trámite hasta que se defina cualquiera de los anotados eventos que podrían incurrir negativamente en la validez del juicio oral.

La ley procesal nada comunica sobre las posibilidades de intervención del Ministerio Público en la facultad que la Fiscalía y la defensa tienen para hacer estipulaciones en orden a aceptar como probados alguno o algunos de los hechos materia de investigación, o sus circunstancias.

Pero esto no significa que si el Ministerio Público observa que el acuerdo o la estipulación comprometen gravemente garantías fundamentales de alguna de las partes o intervinientes, por ejemplo, porque desborda los marcos fácticos y circunstanciales sobre los cuales debe operar la estipulación, para incluir aspectos que comprometen la responsabilidad del acusado, o porque pone en riesgo los intereses que el ordenamiento le ha confiado, no se halle facultado para oponerse a dicha disposición y provocar que el hecho o el suceso indebidamente estipulado, se tome por tal, y demandar que se disponga por el Juez su acreditación en el juicio.

Al efecto, considérese también el caso de que la estipulación establezca una incapacidad menor a la que realmente padeció la víctima de lesiones personales, o que no tiene en cuenta las secuelas producidas, o cuando observa que se determina una cuantía inferior a la que fue objeto de apropiación en el delito de peculado, de la misma manera cuando, se afirma que la conducta fue realizada por un particular siendo servidor público, lo que eventualmente incidiría en los términos de prescripción o la calificación jurídica del comportamiento, para solo sugerir algunos ejemplos hipotéticos que evidenciarían la intervención del Ministerio Público en ese acto de partes.

Asimismo, está facultado por la ley procesal penal para reclamar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de convicción que en su criterio no satisfagan los presupuestos de conducencia o pertinencia y, extraordinariamente, la ley lo faculta para solicitar el decreto de elementos probatorios en la audiencia preparatoria que sean trascendentes en la definición del juicio, y que las partes pudieren haber omitido; además, para el cabal entendimiento del caso, una vez culminados los interrogatorios de las partes, puede formular a los testigos preguntas complementarias.

Es de señalar que dicha facultad de iniciativa probatoria debe ser diligentemente ponderada por el Juez, más que por las partes intervinientes, toda vez que la normatividad le adscribe a aquél, como tercero supraparte en el proceso, el deber de salvaguardar el equilibrio entre acusación y defensa. En consecuencia, le compete impedir, limitar o morigerar, según sea el caso, todas aquellas actuaciones o intervenciones del Ministerio Público que puedan comprometerlo, rechazando las preguntas que excedan el propósito de complementariedad fijado en la ley y se aproximen a un interrogatorio o un contrainterrogatorio vedado por el ordenamiento, por tratarse de hechos o situaciones que no han sido materia de postulación.

Por lo cual, este desequilibrio podría generar efectos nocivos para las posibilidades defensivas si, por ejemplo, el Ministerio Público, para tratar de encubrir la negligencia del órgano acusador, revelada en las deficiencias investigativas o argumentativas que se observan en la enunciación de la acusación y que de no corregirse en la audiencia

preparatoria, podrían dar al traste con sus pretensiones, solicita se reúna la prueba que extraña sobre la materialidad de la conducta o la responsabilidad del acusado. Tal el caso, en que la Fiscalía hubiese prescindido referir y solicitar la práctica de la prueba relativa a la condición de servidor público en los delitos de responsabilidad, o el dictamen pericial sobre la naturaleza y consecuencias de las lesiones que afirma habersele causado a la víctima.

Es así como, pese a que en los dos ordenamientos el legislador reserva al Procurador General de la Nación, directamente o a través de sus delegados y agentes, la facultad de decidir en cuáles asuntos ha de intervenir, su actividad resulta mucho más amplia en el marco de la Ley 600 de 2000, en donde cuenta con total autonomía para efectuar solicitudes probatorias y de postulación en orden a demostrar, en las diferentes fases de la actuación y ante los distintos funcionarios judiciales, su perspectiva valorativa acerca del compromiso de responsabilidad penal del procesado o su inocencia frente a los cargos que se le imputan. Opuestamente, en la Ley 906 de 2004 su actividad es más contemplativa, asumiendo un rol marcadamente pasivo pero vigilante, en el cual no cuenta con espacios para formular su propia teoría del caso, ni para presentar solicitudes probatorias dirigidas a su demostración en el curso del juicio oral, público y contradictorio. Tampoco le es permitido interrogar a los testigos y en general suscitar discusiones en desarrollo del debate, al punto que, con las salvedades anotadas, las únicas facultades que en esta materia se le otorgan son las de solicitar la práctica de pruebas de especial influencia en los resultados del juicio, que no hayan sido pedidas por las partes, y de efectuar preguntas complementarias a los testigos, una vez finalizados los interrogatorios, llamadas exclusivamente a aportar elementos de juicio para el cabal entendimiento del caso.

La función del ministerio público en otros países.

En Ecuador y Uruguay:

“Frente a cambios tan profundos, muchos de ellos perfilados o insinuados con la instauración del modelo acusatorio, los fiscales y el Ministerio Público en su conjunto no pueden permanecer indiferentes ni pueden soslayar la nueva posición que la víctima ocupa en el proceso y en el escenario social. Deben abandonar la función expropiadora, para transformarse en un instrumento que contribuya a la re-apropiación de los conflictos.

En ese contexto, en el espacio del Ministerio Público emergen nuevos paradigmas y líneas de acción alternativa para intervenir frente a los conflictos penales. Los enfoques meramente retributivos y los modos de intervención reactivos, no satisfacen las expectativas sociales ni posibilitan que el Ministerio Público se instale en el imaginario colectivo como una institución creíble, confiable y eficaz.

El artículo revisa la aplicación práctica de los conceptos pertinentes a la mejora de la justicia penal. La adopción de nuevos paradigmas y líneas de acción para intervenir frente a los conflictos penales implica situar la mejora de la atención primaria como una estrategia de intervención superior a las actividades de modelos tradicionales de respuesta judicial. A través de un conjunto de respuestas que abarcan las de índole procesal, pero incluyen otras de tipo más informal (promoción de derechos, asesoramiento, asistencia, protección, etc.) se postula la adopción de un modelo proactivo de intervención, marcado por la idea de la repersonalización. Las posibilidades de la propuesta se reseñan a través del caso de la ciudad de Cuenca (Ecuador), en que la modificación del modelo de justicia penal se basó en el incremento de la cantidad y calidad de respuestas dadas a la

ciudadanía, lo que implicó una gestión cotidiana de actividades inspiradas en los conceptos propuestos.¹¹

Y la reforma radical no se logrará nunca, si no se cambia en forma definitiva al Ministerio público. El Ministerio público en el Uruguay, en los últimos años, de manera pública y notoria...ha sufrido, y entonces, cuando nosotros presentamos el modelo que pensamos es mejor, no lo haremos desde la patología, no lo haremos considerando esta lamentable historia, sino que lo haremos desde el ideal, desde el deber ser, y no pensando como las debilidades y las pasiones humanas pueden incidir sobre los sistemas `por mejores que ellos sean, porque esta condición de nuestra naturaleza no dejará de existir, lo que no debe impedir conformar una estructura que se acerque al ideal.

Eso no impide, claro, que se piensen y estructuren, dentro del sistema, los frenos y contrapesos necesarios, los controles internos y externos que pueden servir de estabilización y garantía, pero los controles no deben impedir las reformas, porque del rol del Fiscal depende la dignidad del Defensor y también la imparcialidad del juez de sentencia, que no se debe contaminar en forma alguna con las partes en pugna, preservando así en forma absoluta la sagrada dignidad que le compete de hacer justicia, de decir el derecho, de fallar resolviendo el conflicto, con total independencia y libertad de conciencia.

Puedo señalar aquí una forma muy formal de limitar este poder excepcional, porque la causa al fin y al cabo no pertenece a la persona del fiscal, sino al ente moral "Ministerio Público", por lo cual algo muy sencillo es establecer que, en todos los casos de sobreseimiento, la causa debe pasar automáticamente a un segundo fiscal (de igual rango, etc.) el cual la estudiará y resolverá: a) si mantiene el criterio del titular; el juez quedaría obligado a sobreseer basado en es única razón (de que la parte desiste de ejercer la pretensión punitiva que le corresponde, "disponiendo" así del proceso), o b) formulando requisitoria, lo que habilita el plenario (en denominación actual) es decir, el juicio propiamente dicho, trabándose la contienda entre las partes, que decidirá soberanamente el tercero imparcial que es el juez.¹²

Conclusiones.

El objetivo de este trabajo ha sido mantener la tesis de que la participación del Ministerio Público en el Sistema Penal Acusatorio bajo el carácter de interviniente, puede contravenir la imparcialidad, pudiendo generar un desequilibrio en la estructura adversarial del procedimiento.

Su actuación en muchos casos es un factor que no coadyuva la conservación y protección de las garantías sustanciales y procesales, de contenido individual y público, en el desarrollo de los procesos penales tramitados en el país, pese a que bajo este tópico está

¹¹ Mendaña, Ricardo J y Salgado, Alicia Arias, El Ministerio Público y la "Atención Primaria" de la Conflictividad Penal. URVIO - Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana; ene2008, Issue 3, pp. 12, 21-32.

¹² Cuñarro, Miguel Langón, el rol del ministerio público en el proceso penal, Revista de Derecho (15105172); 2008, Vol. 7 Issue 14, p55-63, 9 p

constituida su razón de ser, no obstante en ciertas oportunidades su balanza pareciera inclinarse al ente fiscal.

Se hace necesario reconocer, la tensión que se advierte entre las nociones de sistema adversarial, la ponderación de partes e igualdad de armas entre acusador y defensa, y la posibilidad atribuida por la jurisprudencia constitucional al Ministerio Público y a las víctimas, de solicitar la práctica de pruebas para acreditar sus pretensiones, desquiciando todo el equilibrio adversarial que permite el funcionamiento acusatorio de un sistema procesal.

En síntesis, se tiene que el Ministerio Público no debe acusar o defender, como a veces lo hace, sino que debe propender que el caso se resuelva en derecho y en función de una recta administración de justicia; haciéndose énfasis en su rol independiente, el cual debe prevalecer en el esquema del nuevo proceso penal, toda vez que la categoría de imputar o de acusar, le aparece normativamente reservada a la Fiscalía General de la Nación, órgano en quien recae la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, así, al procesado y defensor, les corresponde la defensa.

Tampoco es un interviniente, dado que no persigue la definición de un interés particular. Es un organismo propio destinado a cumplir los propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales, le asigna la Constitución Política, por lo que como garante del debido proceso y de los derechos fundamentales de la víctima y el procesado, no puede desnaturalizar, ni desequilibrar al sistema penal acusatorio; no es otro fiscal, no es otro defensor, ni es otro juez, es sólo una persona jurídica creada por la Constitución para ayudar a equilibrar las cargas en el proceso, su actividad es más contemplativa, asumiendo un rol marcadamente pasivo pero vigilante.

Es de anotar que en muchas ocasiones esta figura se desdibuja, por el exceso de trabajo que tienen, o porque los defensores, fiscales o el mismo juez, no le dan la importancia que merece, a veces no lo citan como debe ser, o realizan audiencia a una misma hora en puntos distantes, quedándole imposible asistir.

El ministerio público es importante en el Sistema Penal Acusatorio como representante de la sociedad, pero son muchas las veces, que ni ellos mismos le dan el suficiente valor a su rol, dejando pasar errores que cometen los sujetos procesales, por desconocimiento de la ley, o peor aún, por desidia, acudiendo a las audiencias, por cumplir un requisito, pero sin un compromiso profesional.

La noción principal del actual sistema, es que las partes en disputa se enfrenten en un proceso dialéctico donde, se infiera una igualdad de condiciones, en el cual el representante del Ministerio Público, no rompa el equilibrio que debe existir, ya que éste al inclinarse por alguna de las partes, tal y como se lo permite el ordenamiento jurídico, necesariamente va a dejar en desventaja a la otra, sucumbiendo casi siempre a favor del ente acusador, dejando a la parte más débil, visiblemente menguada, al tener varios contrincantes, súmese a ello, el apoderado de las víctimas, con lo cual el desequilibrio se torna aún mayor.

En síntesis, el rol del Ministerio Público colombiano en el proceso penal, tal y como está concebido, no puede generar desequilibrios entre las partes, y como condición para evitar la existencia de “*procesos penales injustos*”, consecuentemente, su papel no debe restringirse a la representación de los intereses de la sociedad, ni como única la intervención en defensa de los derechos de las víctimas de delitos de gran impacto, sino como garante del ordenamiento jurídico procesal y de los derechos fundamentales de la víctima, el inculpado y del mismo proceso, así mismo que en el sistema penal acusatorio se le respete como tal y que a su vez el delegado del ministerio ejerza su función con dignidad, decoro y responsabilidad y, por supuesto, con estricto apego a la ley.

La participación del Ministerio Público en el proceso penal acusatorio es una particularidad de nuestro sistema, garantizada por la Carta Política y cuyo ejercicio debe realizarse con total respeto por las garantías procesales constitucionales y de conformidad con la ley.

Lo contrario, es darles la razón a los retractores del Ministerio Público, ya que los Jueces de Control de Garantías, harían superflua la presencia de dicho representante.

BIBLIOGRAFÍA.

Corte Constitucional, sentencia C- 144 de 2010, expediente D-7832; M. P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia T-503/11, 30 de junio de 2011, expediente T- 3.003.508, Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia C-423 de 31 de mayo de 06, expediente D-5881, M. P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, sentencia 239 de 2012, expediente D-8638, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C- 966 de 2003, examinó el tema de la presencia del Ministerio Público en el escenario del nuevo sistema penal acusatorio.

Corte Constitucional, Sentencia C- 591 de 2005, analizó los rasgos distintivos y esenciales del mencionado sistema.

Corte Constitucional, Sentencia T-511 de 2011, expediente T- 3.003.508, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 20 de mayo de 2009, Proceso No 30782, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, M. P. José Leónidas Bustos Martínez, Aprobado Acta No.357 Bogotá D. C, cinco de octubre de dos mil once.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de enero 20 de 1999.

Constitución Política de 1.991, le traza en el Artículo 277.

Corte Constitucional, Sentencia C-260/11, Expediente D-8269, Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia C-591/05, expediente D-5415, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, sentencia C-144 del 3 de marzo de 2010, expediente D-7832, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C-966 de 21 de Octubre de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia, Rad.3059.

Corte Constitucional, Sentencia C-423 de 2006, expediente D-5881, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Gaceta Judicial Tomo CXXXVIII, Nros.2340, 2341 y 2342, p 42. Sentencia del 17 de febrero de 1971.

Legislación Colombiana, Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, Título III, El Ministerio Público, pp. 823-828.

República de Colombia. Acto Legislativo 03 de 2002.

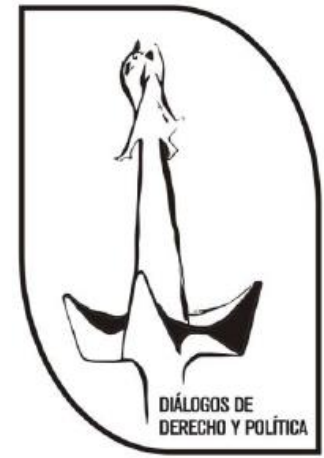
El ABC del Sistema Penal Acusatorio Rama Judicial de Colombia.

Uprimny y Rodríguez, ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la Reforma Judicial en Colombia y en América latina. pp. 1, 16, 21, 24.

Samper, José María, Derecho Público interno de Colombia, Bogotá, 1886.

Mendaña, Ricardo J. y Salgado, Alicia Arias, El Ministerio Público y la "Atención Primaria" de la Conflictividad Penal. URVIO - Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana; enero 2008, Issue 3, pp. 12, 21-32.

Cuñarro, Miguel Langón, el rol del ministerio público en el proceso penal, Revista de Derecho (15105172); 2008, Vol. 7 Issue pp. 9, 14, 55-63.



El debido proceso dentro de las actuaciones administrativas en Colombia.¹

Andrés Raúl Cabrales Martínez

Especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia.

¹ Artículo de revista fruto del trabajo personal del autor.

Resumen.

El propósito central del presente artículo se funda en indagar sobre el alcance y las eventuales limitaciones del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas desde la doctrina, la legislación y la jurisprudencia en Colombia. Para ello, en primer lugar, se delimita el alcance del principio del debido proceso en los procedimientos administrativos; en segundo lugar, se identifican las garantías y métodos de protección del derecho fundamental al debido proceso en el procedimiento administrativo; y, finalmente, se analiza, desde la jurisprudencia de las altas cortes colombianas, las eventuales limitaciones del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas.

Palabras clave: actuaciones administrativas; debido proceso; garantías en el procedimiento administrativo; procedimiento administrativo.

El debido proceso dentro de las actuaciones administrativas en Colombia.

Introducción.

Como bien se sabe, el derecho fundamental al debido proceso es la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado, el cual “*establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley*” (Sentencia C-641 de 2002).

Precisamente, el derecho fundamental al debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, en el cual se dispone:

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. 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 (Constitución Política de Colombia, artículo 29).

La interpretación de este precepto fundamental lo realiza de manera bastante clara la Corte Constitucional a través de la Sentencia T-242 de 1999, con ponencia de la magistrada Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, y en donde se establece que la protección de dicho derecho se debe realizar de conformidad con las distintas etapas procesales que el legislador ha definido para cada caso, ya que de no ser así, esta labor estaría sujeta al arbitrio de los encargados de ejercer la función jurisdiccional. A esta función formal del debido proceso se le ha denominado, según la jurisprudencia en cita, como “formas propias de cada juicio”, lo cual se constituye en la garantía mediante la cual se procura protección efectiva de este derecho, a través del cual se pretende contrarrestar situaciones que den lugar al desconocimiento de la ley, y por ende, se reemplace la ley con vías de hecho.

Se puede ver pues, que el derecho al debido proceso no es un derecho absoluto y su ejercicio puede estar limitado y dicha limitación resulta necesaria en la medida en que con ello se pueden desarrollar otros principios superiores o garantizar otros derechos que son fundamentales y que en algún momento puedan verse confrontados con aquel.

De acuerdo con Carvajal (2010), para explicar de manera más clara la eficacia del debido proceso administrativo como norma jurídica, cuyo respeto es indispensable en todas las actuaciones administrativas, es preciso abordar el concepto de debido proceso desde tres

ámbitos: formal, estructural y material. Estos juicios, por tanto, “*permiten entender el debido proceso administrativo en sus dimensiones de norma constitucional desarrollada legal y reglamentariamente*” (p. 7), principio desde el cual se desprenden conductas y normas que estatuyen dicho derecho como fundamental objetivo y subjetivo.

Desde esta óptica, es necesario reconocer que el debido proceso no es una norma de carácter absoluto, ya que en muchas ocasiones puede ser relativa su aplicación. En este sentido, son dos los fenómenos que se pueden valorar en este asunto:

...de un lado, el debido proceso administrativo tiende tradicionalmente a diferenciarse del debido proceso judicial, para justificar así un mayor número de limitaciones a su alcance. De otro lado, el papel de algunas autoridades administrativas tiende contemporáneamente a parecerse al de los jueces, surgiendo entonces el reclamo de nuevas garantías procesales (Carvajal, 2010, p. 7).

En suma, el que se reconozca las limitaciones constitucionalmente legítimas al debido proceso lleva a analizarla pregunta sobre los límites de dichas limitaciones. Es por ello que no se puede eliminar del todo la aplicación de este derecho y no se debe restar importancia tampoco a su alcance y ello porque su carácter fundamental debe garantizar justicia y equidad procesal y eliminar la arbitrariedad.

De acuerdo con los planteamientos anteriormente establecidos, el propósito de este artículo, por tanto, apunta a dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿cuál es el alcance y las eventuales limitaciones del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas en Colombia?

Estado del arte.

En materia investigativa, se pueden identificar diversos estudios al respecto del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas. En primer lugar, se destaca el trabajo de Pérez (2011), a través del cual se aborda el concepto de Estado Social de Derecho como argumento para garantizar el derecho al debido proceso; el autor sostiene que el cambio de un Estado Liberal de Derecho, fundado en el principio de legalidad, a un Estado Social de Derecho, cuyos fines esenciales son: entre otros, el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, supone que el principio del debido proceso público sin dilaciones injustificadas, como expresión del Estado Social de Derecho, alcanza un nuevo aspecto, ya que debería estar orientado a la búsqueda y consecución de los fines de la Constitución nacional, es decir, el de asegurar la pacífica convivencia y un orden justo.

En este sentido, se hace necesario construir y mantener la confianza legítima en el ordenamiento jurídico, como un imperativo ético de los ciudadanos, con el fin de incrementar los niveles de aceptación ciudadana en las acciones públicas, en procura de garantizar el cumplimiento estricto de las misiones estatales y, entre ellas, el debido proceso, como garantía para que se obtenga a través de un proceso jurisdiccional o administrativo, una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del Estado Social de Derecho.

García (2006), ofrece una amplia panorámica de lo que a nivel internacional se ha hecho a favor del debido proceso, en particular en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para ello realiza un análisis de la jurisprudencia internacional de dicha corte, de gran ayuda para establecer un punto común de acuerdo respecto del debido proceso, entendido como un límite a la actividad estatal y conformado por un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales con el fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

De otra parte, Molina (2010) busca contribuir acerca del tema de las bases políticas normativas sobre las cuales debería configurarse un modelo de debido proceso en materia penal; en esta tónica, el autor manifiesta que éste debería articular su funcionamiento, no solamente como un sistema de garantías para el procesado, sino que también debería convertirse en un escenario propicio donde se reconozca y se tutele procesalmente por parte de las víctimas. Así las cosas, a partir de un análisis normativo, como lo llama Molina (2010), se concluye que este modelo de proceso vendría muy bien dentro de la idea política que está establecida en las Constituciones tanto de España como de Colombia.

En el artículo de Restrepo (2009) se aborda la discusión que ha tenido lugar dentro de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la interpretación de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Dichas disposiciones contienen las garantías procesales necesarias a partir de las cuales se deben hacer efectivos los derechos sustanciales también incluidos dentro de la Convención. El propósito del artículo se basa, por tanto, en exhibir cada una de las posiciones que la Corte Interamericana tiene sobre la necesidad de conservar una interpretación independiente de los anteriores artículos antes mencionados o, por el contrario, de su interpretación total; seguidamente, se muestra el contenido de cada uno de los artículos y las consecuencias de cada interpretación.

Finalmente, Amorocho y Bolívar (2010), destacan que el artículo 29 de la Constitución Política colombiana establece que el debido proceso debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. En lo que tiene que ver con el debido proceso administrativo, es de tener en cuenta que los actos y las actuaciones de las autoridades administrativas deben estar sujetas tanto al ordenamiento jurídico legal como a los mandatos constitucionales.

Como derecho fundamental, el debido proceso administrativo se hace visible por medio de un conjunto de principios, reglas y mandatos que la normatividad le impone a la administración para su adecuado funcionamiento, en virtud de los cuales es importante notificar a los administrados de las acciones que lesionen sus derechos, brindarles la oportunidad de exponer sus opiniones y de exhibir y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos. En todos los casos, por tanto, las actuaciones deben acomodarse a la observancia plena de las disposiciones, los términos y etapas procesales que se encuentran establecidas en la ley.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Auto 278 del 2010, ha establecido que el debido proceso administrativo le exige a la administración el pleno cumplimiento de la

Constitución Nacional y la ley, so pena de que se desconozcan los diversos principios que regulan la actividad administrativa como son la igualdad, la imparcialidad, la publicidad, la contradicción y la moralidad, además de vulnerar los derechos fundamentales de aquellos sujetos que acceden o se vinculan a las actuaciones de la administración y, específicamente, el derecho de acceso a la administración de justicia.

Así, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que:

El desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes (Sentencia C-540 de 1997).

También ha establecido el máximo tribunal constitucional colombiano en Sentencia T-061 de 2002 que la normatividad nacional le atribuye a los administrados la carga de observar y utilizar todas las herramientas y medios en materia procesal que la legislación brinda para garantizar y hacer efectivos sus derechos, pues por su conducta omisiva, negligente o descuidada no solamente se originan consecuencias poco favorables para el sujeto procesal, sino que también conlleva al impedimento de atribuir responsabilidad alguna al Estado y no permitir que haya procedencia de la acción de tutela.

Así las cosas, es deber de la administración ajustar su actuación a los principios mandatos y reglas que rigen la función pública y que, además, fijan su competencia funcional, en pro de garantizar el derecho al debido proceso, los administradores tienen el deber de observar y valerse de todos los medios procesales que el ordenamiento jurídico les da o, en su defecto, asumir las consecuencias que se puedan derivar de su conducta omisiva.

Es por lo anterior que el debido proceso se extiende de manera vertical en el esquema jerárquico de las normas, el cual se desarrolla y determina por la ley; de igual forma, en cuanto a su estructura normativa, se convierte en una norma jurídica de principio, la cual se encuentra íntimamente relacionada con otras normas con otras normas de igual condición que guían de igual forma la actuación de la administración pública y de las cuales emanan, a su vez, otros subprincipios y reglas; finalmente, se trata de un derecho fundamental (material o sustancial) que objetiva o subjetivamente añade un sinnúmero de garantías procesales como la publicidad, el derecho de defensa, las reglas probatorias, la presunción de inocencia, las impugnaciones, las objeciones y los recursos, entre otros aspectos, los cuales, tomados en conjunto, le dan sentido a la idea de justicia y equidad procesal.

En suma, en la práctica estos componentes sustanciales del debido proceso son necesarios tanto para el Estado como para el administrado, ya que evita nulidades y brinda seguridad; ahora, si este principio resulta vulnerado, la autoridad se sale arbitrariamente de los fundamentos del Estado Social de Derecho y pone en riesgo a los particulares en cuanto a la protección de, por lo menos, uno de sus derechos fundamentales.

A partir de lo dicho hasta ahora se pretende indagar el alcance y las eventuales limitaciones del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas desde la doctrina, la legislación y la jurisprudencia en Colombia.

El debido proceso en Colombia.

En Colombia, la regulación del debido proceso está constituida por un bloque constitucional, el cual está compuesto por los artículos 29 y 93 de la Constitución Nacional y todos los tratados internacionales suscritos que abordan sus elementos.

El debido proceso se funda bajo el postulado básico del Estado de Derecho, en donde se faculta a todo ciudadano para exigir, ya sea en la actuación jurídica como en la administrativa, el respeto absoluto de la normatividad y los actos que le competen al Estado en cada caso en particular en la aplicación de la ley sustancial, lo que se traduce, en los términos del artículo 29 superior, que el proceso o juicio debe ser conforme a las leyes existentes al acto impugnado, ante el juez o tribunal competente y con observancia de las formas para cada juicio en particular.

En síntesis, el debido proceso hace referencia a la expresión máxima de las garantías fundamentales y cualquier desacato a éste se convierte en asunto que puede alegarse por vía de violación al debido proceso en un sentido amplio, integrando parte de éste, por lo general, la existencia de la ley penal, un juez o tribunal competente para ello, el procedente acceso a la administración de justicia en reales condiciones de igualdad, la observancia y acatamiento de las formas propias de cada juicio en particular, es decir, el adecuado y eficaz desarrollo de la aplicación de la ley penal, la presunción de inocencia, la defensa (técnica y material), el proceso público y sin demoras injustificadas, el principio de contradicción, la imparcialidad del juez, la doble instancia, entre otros elementos que hacen posible un eficaz debido proceso.

El debido proceso jurisdiccional comprende los siguientes elementos o características del derecho:

- 1) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, al debido procedimiento o formas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo o decisión administrativa (sentencia T. 980 de 2010).
- 2) Publicidad, en virtud del cual el derecho a la defensa, entendida como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; ser notificado conforme a la ley preexistente, los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso (sentencia T. 980 de 2010).

- 3) Juez natural, entendido como juez o funcionario competente para dirigir el proceso en ese orden, esto es, el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y división establecida en la constitución y la ley, preexistente, es decir, anterior al hecho que motiva la actuación o proceso correspondiente, y explícita (sentencias T. 1083 de 2004 y T. 278 de 2012).
- 4) Derecho de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, también conocido como *non bis in idem*, el cual se extiende como garantía en el evento en que sea necesaria la aplicación del derecho sancionatorio contra una determinada persona, pretendiendo asegurar que los conflictos sociales que involucran consecuencias de tipo sancionatorio no se prolonguen de manera indefinida, además de evitar que un mismo asunto obtenga más de una respuesta de diferentes autoridades judiciales o administrativas, en procesos que tengan identidad de sujeto, objeto y causa, siendo su finalidad última la de racionalizar el ejercicio del poder sancionatorio en general, y especialmente del poder punitivo. Por eso, no solo se aplica a quien está involucrado en un proceso penal, sino que en general rige en todo el derecho sancionatorio (contravencional, disciplinario, fiscal, etc.), pues el artículo 29 de la Constitución Política dispone que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y el *non bis in idem* hace parte de los derechos que se entienden asociados al debido proceso (sentencias T. 436 de 2008 y C. 521 de 2009).
- 5) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo, ese derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas (sentencia T. 980 de 2010).
- 6) Doble instancia, elemento que es importante por la necesidad de preservar el principio de legalidad, la integridad del derecho, posibilidad de corregir errores del juez o de la administración y permite enmendar la aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la Ley. Con este propósito, la doble instancia constituye una garantía contra la arbitrariedad, y un mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los yerros en que pueda incurrir una autoridad pública (sentencias C. 411 de 1997, sentencia, sentencia C. 095 de 2003 y sentencia C. 718 de 2012).
- 7) El derecho fundamental a la presunción de inocencia, el cual está recogido en el artículo 29 constitucional y significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad. La presunción de inocencia es el principio que garantiza la legitimidad de las

actuaciones públicas y aparece plasmado en el Artículo 11 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, según el cual: toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa, la presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”.

El debido proceso administrativo.

Noción de debido proceso administrativo.

De acuerdo con las apreciaciones realizadas por la Corte Constitucional sobre la noción del debido proceso aplicado al procedimiento administrativo, éste se define como:

(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la Administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa; (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la Administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados (Cfr. Sentencias T-909 de 2009, T-653 de 2006 y T-552 de 1992).

El debido proceso administrativo, entendido como derecho fundamental, se hace manifiesto a través de una serie de complejos principios, reglas y mandatos que la normatividad le impone a la Administración para que funcione de manera ordenada, y que en virtud de éstos es indispensable notificar a los administrados de los actos que repercutan en sus derechos, además de brindarles la oportunidad de exponer sus posiciones y presentar las pruebas que demuestren sus derechos. En todos los casos, estas actuaciones deben estar ajustadas a la pelan observancia de las disposiciones legales, a los términos y a las etapas procesales que se describen en el ordenamiento jurídico.

De acuerdo a lo anterior, entonces, el debido proceso administrativo demanda de la Administración que se acate plenamente tanto la Constitución como la ley en el ejercicio de sus funciones, so pena de que se desconozcan los principios que regulan la actuación administrativa como son la igualdad, la imparcialidad, la publicidad, la contradicción y la moralidad y, de igual manera, la vulneración de derechos fundamentales de aquellos que acceden o están vinculados a las actuaciones de la Administración, especialmente el derecho de acceso a la administración de justicia.

Al respecto de lo anterior, la Corte Constitucional colombiana ha manifestado lo siguiente:

El desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino

que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes (Sentencia C-540 de 1997).

Correlativo a lo anterior, la normatividad jurídica atribuye a los administrados la función de observar y utilizar todos los medios procesales que la ley les brinda en pro de proteger y hacer realmente efectivos sus derechos, pues por su conducta omisiva, negligente o descuidada se originan consecuencias desfavorables para el sujeto, además de que implica la imposibilidad de imputar responsabilidad alguna responsabilidad al Estado y permitir la improcedencia de la acción de tutela.

Por tanto, así como es deber de la administración ajustar su actuación a los principios, mandatos y reglas que rigen la administración pública y determinan la competencia de sus funciones, en pro de garantizar el derecho al debido proceso, los administrados tienen la obligación de observar y utilizar los medios procesales que la normatividad les brinda o asumir las consecuencias contraproducentes que emanen de su conducta omisiva.

El debido proceso jurisdiccional.

De acuerdo con Ramírez (2006), desde la perspectiva de ciencia o de técnica, el debido proceso tiene un dinamismo consistente, sus partes no pueden concebirse de manera aislada, cada una requiere interactuar para tener un sentido lógico en el ordenamiento jurídico, cada una tiene que estar acompañada de las demás, puesto que sola no tiene sentido lógico regulativo. Además, según explica la mencionada autora, el debido proceso tiene dos finalidades técnicas particulares:

1. Un fin inmediato, consistente en auto- establecerse desde la axiología como la mejor opción instrumental de garantía.
2. Un fin mediato u objetivo central, que comparte con todos los otros principios y busca en coordinación con ellos, que es el de producir la más justa de las sentencias para la resolución del conflicto.

Ahora bien, “*del debido proceso jurisdiccional como principio puede decirse que, en general, su contenido es completo, inmodificable e independiente del tipo de Estado al que pertenezca*” (Ramírez, 2006, p. 15) (característica que se deriva de su especial aspecto técnico que lo diferencia de los principios sustanciales, que carecen de valor instrumental). No obstante, hay componentes del debido proceso, que se tornan relativos o variables, que sobre todo tienen que ver con los tipos o sistemas procesales, que son neutros al valor, pero que terminan vinculándose con máximas procesales, para convertirse en verdaderos aspectos del principio que cambian según el Estado en que se adopten.

Lo dicho con respecto del debido proceso jurisdiccional y, sobre todo, lo relativo a su contenido, explica por qué hay una parte del mismo invariable, que se repite en todos los Estados democráticos sociales de derecho y, algunos contenidos menores, cuyo contenido puede cambiarse por la norma constitucional. Por eso operadores jurídicos y litigantes no

han percibido el cambio en el derecho procesal, a partir del debido proceso, pues los componentes fundamentales permanecieron idénticos en el cambio de Estado.

Garantías propias del derecho fundamental al debido proceso en el procedimiento administrativo.

De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución nacional, el derecho fundamental al debido proceso se consagra como “*toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”, las cuales deben llevarse a cabo con relación a sus garantías inherentes. En este sentido, el debido proceso posee un ámbito de aplicación que abarca, así mismo, a todas las actuaciones, procedimientos y procesos administrativos que dispongan consecuencias para los administrados.

Es de tener en cuenta que el derecho fundamental al debido proceso se encuentra protegido, a su vez, por normas de derecho internacional y preceptuado en instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en sus artículos 14 y 15; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en sus artículos XVIII y XXVI; la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos 10 y 11; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8; y ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia internacional de órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha determinado que este principio se aplica, así mismo, a todos los demás procedimientos de índole civil y administrativo (Cfr. Sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003, T-786 de 2003 y C-1189 de 2005).

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que para llevar a cabo cualquier actuación judicial o administrativa, el debido proceso demanda “*(i) la existencia de un procedimiento previamente establecido en la ley, de manera que este derecho fundamental constituye un desarrollo del principio de legalidad, garantizando un límite al poder del Estado, en especial, respecto deliuspuniendi*” (Sentencia C-980 de 2010), lo cual implica que es necesario respetar las formas que les son propias a cada juicio en particular y la garantía de todos y cada uno de los derechos fundamentales, salvaguardando, por tanto, el “*valor material de la justicia*”, consagrado en los artículos 1 y 2 de la Carta Constitucional (Sentencia C-641 de 2002).

En materia administrativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente, ha señalado que los principios generales que advierten el derecho fundamental al debido proceso, como ya se estableció anteriormente en este escrito, se debe aplicar a todas las actuaciones administrativas que lleve a cabo la administración pública con observancia de sus funciones y la ejecución de sus objetivos y fines, de manera tal que se garantice “*(i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados*” (Sentencia C-089 de 2011).

Las anteriores garantías están encaminadas a garantizar el adecuado y eficaz ejercicio de la función pública administrativa, de acuerdo con los mandatos constitucionales, legales o

reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, y con el objetivo de impedir potenciales actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración por medio de la expedición de actos administrativos que sean lesivos de derechos o contradictorios a los principios del Estado Social de Derecho (Cfr. Sentencias T-442 de 1992, T-120 de 1993, T-020 y T-386 de 1998, T-1013 de 1999, T-009 y T-1739 de 2000, T-165 de 2001, T-772 de 2003, T-746 de 2005 y C-1189 de 2005).

Así mismo, la Corte Constitucional también ha señalado que las mencionadas garantías, las cuales son inherentes al debido proceso administrativo, buscan un equilibrio al poder del Estado en las acciones que lleve a cabo frente a particulares (Cfr. Sentencias T-391 de 1997 y T-196 de 2003).

La jurisprudencia nacional también ha dicho que cuando se aplica el debido proceso administrativo resultan consecuencias de gran relevancia tanto para los asociados, pues se despliegan garantías como:“(i) conocer las actuaciones de la administración; (ii) pedir y controvertir las pruebas; (iii) ejercer con plenitud su derecho de defensa; (iv) impugnar los actos administrativos, y (v) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio” (Cfr. Sentencias T-391 de 1997 y T-196 de 2003); así como para la administración pública, ya que todas sus actuaciones, en el ejercicio de la función pública administrativa, se encuentran protegidas por el debido proceso: “(i) la formación y ejecución de actos administrativos; (ii) las peticiones presentadas por los particulares; y (iii) los procesos que se adelanten contra la administración por los ciudadanos en ejercicio legítimo de su derecho de defensa” (Cfr. Sentencias T-391 de 1997 y T-196 de 2003).

La jurisprudencia local, en el ámbito administrativo, también ha hecho la diferencia entre las garantías previas y las garantías posteriores en el contexto del debido proceso. Las garantías mínimas previas hacen referencia a las garantías mínimas que indudablemente deben proteger la ejecución y expedición de los procedimientos administrativo como el libre acceso en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, etc.; por su parte, las garantías mínimas posteriores hacen alusión a la posibilidad de poder cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa por medio de los diversos recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa (Sentencia C-1189 de 2005).

El debido proceso administrativo tiene una especial connotación en el contexto constitucional cuando se trata de llevar a cabo la facultad sancionadora de la administración pública; así las cosas, cuando el Constitución preceptúa sobre el debido proceso administrativo, hace un pleno reconocimiento a la facultad que tiene la administración para imputar sanciones, claro está, dentro de los límites constitucionales. Al respecto, es de tener en cuenta que:

la potestad sancionadora de la Administración: (i) persigue la realización de los principios constitucionales que gobiernan la función pública, de conformidad con el artículo 209 de la Carta, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) se diferencia de la potestad sancionadora por la vía

judicial, (iii) se encuentra sujeta al control judicial, y (iv) debe cumplir con las garantías mínimas del debido proceso (Sentencia C-506 de 2002).

Por lo anterior, entonces, con el ánimo de garantizar el derecho de defensa de los administrados, hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo todas las garantías esenciales que le son inherentes al debido proceso y éste se vulnera por parte de las autoridades públicas, precisamente, cuando éstas no respetan las normas sustanciales y procedimentales previamente establecidas por las leyes y los reglamentos y con ello se vulnera de contera el derecho de acceso a la administración de justicia (Sentencia C-980 de 2010).

Por último, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades (Sentencia SU-339 de 2011) que cuando se trate de actos administrativos, antes de que se acuda al mecanismo de protección constitucional, es necesario que se agoten las vías ordinarias, a excepción de que el juez establezca que dichos mecanismos no proporcionen una eficaz y pronta protección a los derechos que se buscan salvaguardar.

El derecho fundamental al debido proceso, cuando se aplica a las actuaciones de la administración pública y los procedimientos administrativos, demanda a la administración pública total respeto de la Carta Magna, específicamente de sus artículos 6, 29 y 209, los cuales rigen el ejercicio de las funciones públicas y administrativas y garantizan los derechos de los administrados (Sentencia C-980 de 2010).

La Corte Constitucional ha señalado al respecto que:

las actuaciones y procedimientos administrativos, salvo manifiesta e indudable remisión legal, deben regirse por sus propios principios y procedimientos, y no por los consagrados para procesos judiciales ordinarios, y menos especiales (...). No corresponde al funcionario administrativo, en el caso de actuaciones propias de su función, asumir, por fuera de sus competencias, las que han sido asignadas a otra autoridad -menos todavía si ella es judicial-, con la pretensión de buscar elementos o datos ajenos al asunto que por él debe ser resuelto, ni agregar o añadir exigencias que la ley no ha hecho (Sentencia T-195 de 1999).

Con relación al debido proceso, también es destacar la competencia del legislador para regular este ámbito, de acuerdo con los artículos 29 y 150, numerales 1 y 2 de la Constitución nacional, la cual consagra que es precisamente al legislador a quien le compete regular los diferentes procesos judiciales y administrativos y quien debe establecer las etapas, oportunidades y formalidades aplicables para cada uno de ellos, así como los términos para interponer las diversas acciones y recursos ante las autoridades administrativas y judiciales.

Así mismo, es de anotar que la jurisprudencia constitucional ha señalado que aunque la libertad de configuración del legislador en este ámbito es amplia, ésta se encuentra, de igual modo, limitada por los principios, derechos fundamentales y valores esenciales del Estado Constitucional de Derecho y, a su vez, el desarrollo de cualquier procedimiento administrativo o judicial debe ajustarse a los requerimientos del debido proceso. De este

modo, la regulación que haga el legislador de los diferentes procesos administrativos y judiciales debe ajustarse a las garantías sustanciales y formales que demanda el derecho fundamental al debido proceso (Sentencia C-1335 de 2000 y C-980 de 2010).

Alcance y eventuales limitaciones del debido proceso dentro de las actuaciones administrativas y posición jurídico-doctrinal.

De acuerdo con Carvajal (2010), la administración dispone de poderes exorbitantes que hacen de ésta un sujeto de derecho diferente a los demás, por lo que el principio del debido proceso puede, efectivamente, sufrir una serie de limitaciones cuando se trata de una autoridad administrativa que cuando se trata de la administración de justicia, la cual debe ser independiente y neutra.

Es por ello, entonces, que cuando se encuentre limitación alguna a ciertas garantías del debido proceso se debe, en principio, recordarse que los derechos fundamentales no son intangibles en términos absolutos (excepto la prohibición de la tortura), ya que deben estar ajustados y ponderados con otros que tienen el mismo nivel; así mismo, debe tenerse en cuenta que estas restricciones suponen una correlación con otros limitantes que, de modo proporcionado, puedan imponerse a los derechos fundamentales de los particulares teniendo en cuenta criterios de interés general o de prevalencia del interés colectivo sobre el interés individual.

Otro punto que se puede considerar, según Carvajal (2010), es el que corresponde a las necesidades prácticas inherentes a cada actividad de la administración, las cuales se encuentran vinculadas con el objetivo de materializar progresiva y cotidianamente los fines constitucionales del Estado Social de Derecho, los cuales reclaman cierto margen de apreciación y de discrecionalidad; sin embargo, los fundamentos constitucionales del derecho administrativo admiten formular una distinción que impide pasar de lo discrecional y expedito a lo arbitrario y a la realización de actuaciones administrativas automáticas. Por tanto, según expresa Carvajal (2010):

(...) una cosa es que el uso de prerrogativas o poderes exorbitantes supongan una restricción justificada de algunos derechos fundamentales de los administrados; otra distinta es que dentro de este margen restringido se ignoren las garantías mínimas que siguen emanando del derecho fundamental al debido proceso (p. 18).

La regla general, por tanto, es la proscripción de decisiones administrativas inconsultas, las cuales dependen únicamente del libre arbitrio de la autoridad o de las decisiones que sean jurídicamente incontrovertibles.

En suma, se puede establecer que las limitaciones que justificadamente se pueden imputar a ciertas garantías del debido proceso a la administración pública, “suponen la aplicación del juicio de proporcionalidad y, si es del caso, del principio pro homine, para evitar que, so pretexto de una restricción, se esté prácticamente desconociendo toda fuerza vinculante a este derecho” (Carvajal, 2010, p. 21).

Conclusiones.

El debido proceso administrativo, al tener la calidad de derecho fundamental, tiene que aplicarse al procedimiento administrativo, así sea con ciertos matices. Por tanto, sea cual sea la transformación de las labores que la administración deba realizar, sea actuando unilateralmente, definiendo la regulación aplicable a los operadores dentro de un sector específico, e incluso cuando en uso de sus competencias deba solucionar un conflicto entre dos o más partes.

En efecto, el acatamiento de las garantías propias del derecho fundamental constitucional al debido proceso administrativo, aplicadas al procedimiento administrativo, y aseguradas durante su desarrollo, garantiza el equilibrio entre los sujetos que resultan involucrados en una decisión administrativa, esta decisión cumple con el beneficio del interés general. Lo que predispone al procedimiento administrativo, en ser un conducto más ágil, rápido y flexible que el judicial, pues se requiere una eficaz y oportuna prestación de los procedimientos administrativos convirtiéndose en el garante de los derechos de los administrados.

BIBLIOGRAFÍA.

Amorocho M., F.; & Bolívar R., J. (2010). La revocación directa de los actos administrativos en el nuevo orden jurídico. *Justicia Juris (Barranquilla)*, Vol. 06, No. 12, Oct. 2009 -Mar. 2010, pp. 13-19.

Carvajal, B. (2010). Alcance y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 4, 7-21.

García R., S. (2006). El debido proceso: concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (México)*, Vol. 39 (117), Sep.-Dic., pp. 637-670.

González G., L. (2009). Violación a infractores, quebrantamiento del debido proceso administrativo en procedimientos contravencionales de tránsito. Medellín: Universidad de Antioquia.

Molina L., R. (2010). El debido proceso en Colombia y España. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (U.P.B.) (Medellín)*, Vol. 40 (112), Ene.-Jun., pp. 15-42.

Pérez Z., H. (2011). El concepto de estado social de derecho como argumento para garantizar el derecho al debido proceso. Medellín: Universidad de Antioquia.

Ramírez C., D. (2006). Implicaciones epistemológicas de la actividad jurisdiccional (Una búsqueda racional en la aplicación del Derecho). Medellín: Universidad de Medellín.

Restrepo H., C. (2009). El acceso a la justicia dentro de un debido proceso. *Universitas estudiantes (Bogotá)*, No. 06, Ene.-Dic., pp. 63-73.

Jurisprudencia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de agosto de 2012. Expediente 05001-23-31-000-2012-00644-01. M.P. Marco Antonio Velilla Moreno

Corte Constitucional. Auto 278 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa

_____. Sentencia C-540 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

_____. Sentencia C-506 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia C-641 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

_____. Sentencia SU-339 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

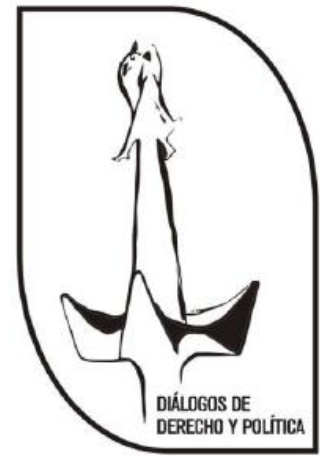
_____. Sentencia T-048 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia T-061 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia T-242 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

_____. Sentencia T. 980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- _____. Sentencia T. 436 de 2008 M. P. Jorge Iván Palacio.
- _____. Sentencia C. 521 de 2009 M. P. María Victoria Calle Correa.
- _____. Sentencia C. 554 de 2001 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- _____. Sentencia C. 411 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- _____. Sentencia C. 095 de 2003 M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- _____ : Sentencia C. 718 de 2012 M. P. José Ignacio Pretelt Chaljub.



Pensiones para las personas con discapacidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.¹

Cristina Palacio Velásquez

Abogada de la Universidad Eafit.
Especialista en Seguridad Social de la Universidad de Antioquia.

¹ Artículo realizado para optar al título de Especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

Con el fin de cumplir con las normas internacionales en materia de protección a las personas con discapacidad, en Colombia se han creado diferentes pensiones que tienen como finalidad, brindarles una especial protección y garantizarles el derecho a una vida digna. Por esta razón y teniendo en cuenta que algunas de estas prestaciones no son muy conocidas, en este artículo se estudia la legislación existente en la materia, se analizan cada una de las pensiones y el desarrollo jurisprudencial que han tenido y se hace una microcomparación con la regulación existente en algunos países de Latinoamérica.

Palabras Clave: Calificación de pérdida de capacidad laboral; condición más beneficiosa; discapacidad; pensiones.

Pensiones para las personas con discapacidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.

1. Introducción.

La protección en materia de discapacidad en Colombia ha evolucionado ampliamente en los últimos años, pues hasta hace más o menos 20 años, o antes de la promulgación de la Ley 100 de 1993, la discapacidad era vista como un problema netamente médico que necesitaba únicamente de prestaciones asistenciales y solo había en el ordenamiento jurídico colombiano una pensión que protegiera a las personas frente a la invalidez, para pasar ahora a una visión más proteccionista, en la que no solo la ley prevé figuras que buscan garantizar los derechos de las personas con discapacidad y su especial protección en el ordenamiento jurídico, sino que también existe un amplio desarrollo por parte de la Corte Constitucional, por medio del cual se han ampliado las disposiciones existentes en las normas, para hacer extensiva la protección a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%.

Por lo anterior, es de gran importancia estudiar este tema, pues la mayoría de las prestaciones económicas o derechos especiales que existen en el ordenamiento jurídico colombiano, son desconocidos por gran parte de la población, especialmente por aquellos que podrían ser beneficiarios de ese tratamiento especial que han dispuesto las leyes y las altas cortes, en especial la Corte Constitucional de Colombia.

De tal manera, en este artículo se estudiarán las pensiones que tienen como finalidad proteger a las personas con discapacidad, a saber: la pensión de invalidez, que es la más conocida y con la cual se busca proporcionarle unos ingresos que permitan garantizar la vida digna, la salud y una congrua subsistencia a las personas que fueron trabajadores cotizantes al sistema y que por un accidente o enfermedad, perdieron el 50% o más de su capacidad laboral; la pensión anticipada de vejez por hijo invalido, la cual ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional, con el fin de extender la cobertura inicial dispuesta por la norma; la pensión especial de vejez por deficiencia, la cual está dirigida a personas de 55 años (hombres o mujeres), con 1000 semanas cotizadas y con un 50% de deficiencia física, síquica o sensorial; la pensión de sobrevivientes para hijo o hermano invalido; y finalmente, los incrementos por personas a cargo, los cuales están por así decirlo en vía de extinción, debido a que estaban consagrados en el Decreto 758 de 1990, el cual actualmente se aplica solo a personas beneficiarias del régimen de transición del sector privado y ninguna de las leyes posteriores han regulado este tipo de incrementos.

Consagración en el ámbito nacional de las prestaciones económicas en el sistema de seguridad social.

En Colombia se encuentra que formalmente existe una protección de carácter constitucional para las personas con discapacidad, considerando que la Constitución Política expresamente señala:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (“Constitución Política de Colombia”, 1991)

Adicionalmente, en la legislación se evidencia un amplio desarrollo en la materia y no sólo en cuanto a pensiones o prestaciones económicas en general, sino que existen también normas que buscan la garantía efectiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, entre las que regulan específicamente relaciones laborales, mecanismos para su integración social, educación, readaptación y reubicación laboral, recreación, deporte, transporte y accesibilidad entre otras que involucran a los diferentes actores de la sociedad para su cumplimiento.

Específicamente en materia de pensiones, se encuentran diversos estudios internacionales que pretenden la aplicación de derechos fundamentales, tales como: el Informe Mundial sobre la Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud y el Grupo del Banco Mundial, con el cual se busca “proporcionar datos destinados a la formulación de políticas y programas innovadores que mejoren las vidas de las personas con discapacidades y faciliten la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (Discapacidad y Rehabilitación, 2013), la ya mencionada convención de la Organización de las Naciones Unidas ONU y el Convenio C 159 de la Organización Internacional del Trabajo OIT sobre la readaptación profesional y el empleo (ratificado por Colombia el 7 de diciembre de 1989).

Es importante resaltar, que el citado convenio 159, es el único convenio ratificado por Colombia en materia de discapacidad, de manera que se está desconociendo el Convenio C 128 sobre la invalidez, vejez y sobrevivientes de 1967 el cual si fuera ratificado por Colombia, obligaría al país a extender en gran medida el ámbito de protección en materia de invalidez, el cual con la normatividad vigente está dirigido solo a personas cotizantes al sistema, pues significaría tener que incluir a los aprendices e incluso a personas residentes en el país no vinculadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, esto si aceptará sin acogerse a las excepciones permitidas por el convenio, es decir, si lo acoge en su totalidad, pues también existe la opción de que los países, al ratificar este convenio, argumenten que su economía está insuficientemente desarrollada y de esta forma puedan acogerse a las excepciones temporales que prescriben algunos artículos del convenio, los cuales son menos exigentes. (OIT, 1967)

No obstante lo anterior, en Colombia, aunque algunas de las normas internacionales son ratificadas y se crean leyes pretendiendo la efectividad de los derechos de las personas con

discapacidad, en muchas ocasiones, las leyes se quedan en el papel, o se conforman con los mínimos que han dispuesto los organismos internacionales, lo cual es preocupante, teniendo en cuenta que Colombia es un país, donde según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, por cada 100 personas, 6.4 sufren de una limitación permanente y se encuentran en situación de discapacidad. (DANE, 2005)

Por lo tanto, es importante hacer un rastreo normativo, con el fin de identificar el desarrollo que existe en Colombia en materia de protección a las personas con discapacidad, específicamente en materia pensional.

Pensión de Invalidez.

El estado de invalidez es una calificación que varía en cada país, pues es la legislación la que se encarga de establecer que presupuestos debe cumplir una persona para ser considerada como tal, de manera que los conceptos de invalidez y discapacidad no son equiparables, por lo que vale la pena hacer una reflexión acerca de las distinciones que existen entre ellos.

La discapacidad ha sido definida en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (7 de 7 de 1999) como: “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”, sin referirse como se puede evidenciar, a porcentajes de pérdida, sino que simplemente se trata de una situación que limita a la persona en el ejercicio de las actividades cotidianas, de manera que sin importar la gravedad de la deficiencia, el sólo hecho de que una persona no pueda desenvolverse en el medio con el pleno de sus capacidades, la hace beneficiaria de una especial protección por parte del Estado.

Por otra parte, la invalidez según la Corte Constitucional “ha sido asumida en el contexto internacional como la reducción de la capacidad para el trabajo a consecuencia de limitaciones físicas o mentales debidamente probadas” (T 122 de 2010) y ha sido regulada en el contexto jurídico colombiano como una pérdida que excede el 50% de la facultad para laborar, pudiendo concluir de esta manera que la discapacidad es un género y la invalidez es una especie de dicho género, por cuanto mientras el Estado se centre en la creación y promoción de prestaciones económicas para las personas con invalidez, está desconociendo a otra parte de la población con discapacidad, que si bien tal vez no es tan severa, necesitan contar también con una especial protección que incluya prestaciones económicas, ya que obviamente no tienen las mismas posibilidades para acceder al mercado laboral.

Esta prestación, busca proteger a las personas frente a la invalidez, entendida en Colombia como la pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la cual puede originarse como consecuencia de un accidente o enfermedad de origen común o profesional, cuya protección está limitada a las personas que pertenece al Sistema de Seguridad Social, es decir, que cotizaban al momento en que se materializa la contingencia o que cotizó alguna vez al sistema y cumple con los demás requisitos que dispone la ley para acceder a la pensión.

Existe pensión de invalidez tanto en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (invalidez de origen común), como en el Sistema de Riesgos Laborales, pero entre ellas existen diferencias sustanciales en cuanto a los requisitos y las características de la misma, por lo que se hace necesario estudiar cada una de ellas.

La pensión de invalidez de origen común está regulada en los artículos 38 al 45 de la Ley 100 de 1993 y está dirigida a personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 50% o más, la cual podrá ser determinada por cualquiera de las entidades autorizadas para ello, a saber: las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), o las compañías de seguros que asuman los riesgos de invalidez y muerte, tal como lo establece el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 (más conocido como “Ley Antitrámites”) y la pensión de invalidez de origen laboral por su parte, está regulada principalmente en las Leyes 776 de 2002 y 1562 de 2012.

En Colombia, esta pensión ha sido la prestación económica tradicional para hablar de protección pensional para las personas con discapacidad, por lo que ha sido objeto de múltiples modificaciones y sus requisitos han variado en las reformas implementadas al Sistema de Pensiones, de manera que se hace importante estudiar las distintas regulaciones que han existido, sobre todo si se tiene en cuenta que por regla general, la ley aplicable a determinado caso, es la vigente al momento de la fecha de estructuración de la invalidez.

A partir de la obligación de los empleadores de cotizar al Instituto Colombiano de los Seguros Social, se encuentra que la primera norma fue el acuerdo 224 de 1966 aprobado a través del Decreto 3041 de 1966, en vigencia del cual, se requería el cumplimiento de dos presupuestos: primero, ser considerado inválido, aplicando el concepto que la Ley 90 de 1946 disponía, es decir, aquella persona que “haya perdido la capacidad para procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior”, con lo cual se puede evidenciar que la ley en ese entonces, no basaba la calificación de invalidez en porcentajes, como sí se hace en la actualidad, sino que se trataba de un criterio subjetivo; el segundo presupuesto consistía en completar 150 semanas de cotización en los 6 años anteriores a la invalidez, de las cuales 75 semanas debían haber sido cotizadas en los últimos 3 años.

Posteriormente, fue expedido el Decreto 758 de 1990, en vigencia del cual, para ser beneficiario de esta prestación, el requisito de semanas era de 300 en cualquier momento anterior a la fecha de estructuración o de 150 semanas en los últimos 6 años antes de la fecha de estructuración, por lo que se puede evidenciar que el requisito de semanas no cambió, sino que simplemente se ofreció otra opción para el cumplimiento del mismo. Respecto al concepto de invalidez sí se encuentra un cambio importante, ya que en el artículo 5 de este decreto, se establecen tres tipos de invalidez, todas con derecho a pensión, pero con diferente cuantía, entendiéndose cada una de la siguiente manera:

Invalidez permanente total

El afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido el 50% o más de su capacidad laborativa para

desempeñar el oficio o profesión para el cual está capacitado y que constituye su actividad habitual y permanente.

Invalidez permanente absoluta

El afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido su capacidad laboral para realizar cualquier clase de trabajo remunerado

Gran invalidez

El afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido su capacidad laboral en grado tal que necesite de la asistencia constante de otra persona para movilizarse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia.

La norma subsiguiente es la Ley 100 de 1993, por medio de la cual ambos requisitos para acceder a esta pensión, cambiaron radicalmente, puesto que por un lado, se requerían 26 semanas antes de la fecha de estructuración en cualquier momento, si era un afiliado activo o 26 semanas en el último año antes de la fecha de estructuración, si era un afiliado inactivo; y por el otro lado, en cuando al requisito de estar calificado como inválido, se unificó el concepto en la descripción que la ley anterior hacía de invalidez permanente total, es decir: “se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral”, siendo importante resaltar que dicho concepto de invalidez es el que se mantiene hasta la fecha, siendo el instrumento para determinar la pérdida de capacidad laboral, el Manual Único de Calificación (MUCI), expedido en el Decreto 917 de 1999.

Posteriormente, el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y estableció que los requisitos dependían del origen de la discapacidad, de manera que si era una enfermedad, se requerían 50 semanas en los últimos 3 años antes de la fecha de estructuración y se requería adicionalmente una fidelidad de cotizaciones con el sistema, del 25% entre los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación; y si se trataba de un accidente, se requerían 50 semanas en los últimos 3 años antes del accidente y no se requería fidelidad con el sistema; pero este cambio estuvo vigente por muy poco tiempo, pues fue declarado inexecutable por medio de la sentencia C- 1056 de 2003, por vicios de forma el 11 de noviembre de 2003.

A pesar de la corta existencia en el ordenamiento jurídico del artículo 11 de la Ley 797 de 2003, los requisitos que con ella se exigían generaron que fueran negadas muchas pensiones, pues no cumplían cabalmente con los mismos. Esta fue la situación de todas las personas que fueron calificadas como inválidas con una fecha de estructuración entre el 29 de enero de 2003, fecha en que entró en vigencia la modificación y el 11 de noviembre del mismo año en la que fue declarada inexecutable.

Adicionalmente, otra implicación es que una vez fue declarado inexecutable el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, revivió el artículo original de la Ley 100 de 1993, con el cual se estudió el derecho a la pensión de las personas que la solicitaron entre el 12 de noviembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2003, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 860 de

2003, la cual modificó nuevamente la Ley 100 de 1993 y en la que prácticamente se transcribieron los artículos que habían sido declarados inconstitucionales por vicios de forma.

La Ley 860 de 2003, es la que se encuentra vigente actualmente, con esta, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez eran en un principio iguales a los de la Ley 797 de 2003, salvo que el requisito de fidelidad bajó con esta ley del 25% al 20% para los caso de invalidez por enfermedad y además se adicionó dicho requisito en los casos de invalidez por accidente, el cual no existía en la ley anterior.

El requisito de fidelidad estuvo vigente por más de 5 años, hasta que finalmente fue declarado inexecutable por medio de la Sentencia C-428 de 2009, pues la Corte Constitucional consideró que con dicho requisito el transito legislativo era desfavorable para los afiliados, violando así el principio de progresividad , según el cual, las normas que se expidan en materia de seguridad social o derecho laboral, no pueden desconocer los avances en materia de protección que se habían alcanzado con una ley anterior, de manera que actualmente sólo se exige la calificación de invalidez y el cumplimiento de las semanas cotizadas.

De la declaratoria de inexecutable del requisito de fidelidad después de haber regido 5 años y haber sido la causa de la negación de varias pensiones y con el posterior reconocimiento de las pensiones de invalidez sin la exigencia del mismo, se derivó una innegable violación del derecho fundamental a la igualdad, lo cual se tradujo en una alta congestión de tutelas y demandas laborales, frente a lo cual existen pronunciamientos de la Corte Constitucional en numerosas sentencias, dentro de las que cabe hacer especial referencia a la T- 043 de 2007, en la que se hace un recorrido por todas las reformas que ha tenido esta pensión y las analiza a la luz del principio de progresividad, para concluir que una ley que establezca requisitos que impliquen un retroceso en la protección alcanzada por la legislación anterior, debe soportar una presunción de inconstitucionalidad, tesis que se refuerza con la recientemente sentencia SU 132 de 2013, en la cual se resuelve una tutela contra sentencia, y se deja sin efectos un fallo de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia proferido en el año 2010, por haber exigido el requisito de fidelidad y no haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad en observancia a la instrucción dada por la Corte Constitucional, la cual la define en sentencia T – 389 de 2009 como la posibilidad que tienen los jueces de inaplicar una disposición cuando detecten una clara contradicción entre esta y las normas constitucionales.

Lo anterior, sienta un importante precedente en la materia y evidencia el “choque de trenes” que existe en Colombia entre las altas cortes, en este caso la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional y por el cual se ha sugerido en varias ocasiones que se elimine la posibilidad de interponer tutelas contra sentencia, bajo el argumento de que cada una de las cortes es el órgano de cierre en su jurisdicción y por lo tanto, son los expertos en cada una de las materias que les competen, sin que exista una justificación para que una de las cortes (en este caso la Corte Constitucional) revise los fallos de otra de las altas cortes, a través de una tutela. Frente a este tema, importantes doctrinantes colombianos se han pronunciado, entre los que cabe destacar a Rodrigo Uprimny Yepes, quien considera que las tutelas contra sentencia “juegan un papel esencial para garantizar la seguridad y coherencia del

sistema jurídico, puesto que permiten unificar el entendimiento del alcance de los derechos fundamentales” (2004) y sugiere que se utilicen sólo con el fin de unificar las interpretaciones de la Constitución y no con el fin de corregir los errores que comentan las otras cortes en sus fallos.

Cabe resaltar que recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, argumentando su nueva composición, en sentencia con radicado 42423 de 10 de julio de 2012, varió el criterio que habían sostenido acerca de los efectos a futuro de una sentencia de inconstitucionalidad y aceptó la posición de la Corte Constitucional considerando que el juez: “debe abstenerse de aplicar la disposición regresiva aún frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexequibilidad, en las hipótesis en que ella se constituya en un obstáculo para la realización de la garantía pensional”

Después de haber estudiado los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, es importante hacer referencia a las características de la misma, teniendo en cuenta tres aspectos clave: el porcentaje con el cual se liquida, el salario o promedio de salarios al que se le aplica ese porcentaje y la duración de la pensión que podrá ser temporal o vitalicia.

El porcentaje depende en gran medida de la calificación de pérdida de capacidad laboral, pues si esta se encuentra entre el 50% y el 66%, el monto de la pensión será del 45%, con la posibilidad de incrementarlo en un 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500; pero si el porcentaje de pérdida de capacidad es igual o superior al 66%, el monto de la pensión será del 54%, con la posibilidad en este caso de un 2% más por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500, sin que pueda liquidarse una pensión inferior al salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV), ni sobrepasar nunca el 75%.

El ingreso base de liquidación (IBL), al cual se le aplica el porcentaje determinado en el párrafo anterior, está consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y consiste en hacer el promedio de los salarios de los últimos 10 años efectivamente cotizados o el promedio de los salarios de los años que haya cotizado, cuando sean menos de 10 años.

Finalmente, para cerrar con la pensión de invalidez de origen común, es importante resaltar que la administradora de pensiones podrá pedir cada tres años la revisión del estado de invalidez y si en esta nueva valoración, la calificación de pérdida es menor al 50%, la persona perderá el derecho a disfrutar de esta pensión y deberá ser reintegrado a su último trabajo, en aplicación del artículo 8 de la Ley 776 de 2002; de manera que la duración de esta pensión, depende de que la persona siga siendo considerada invalida por el ordenamiento jurídico.

La pensión de invalidez de origen laboral por su parte, es mucho más simple, pues no se requiere el cumplimiento de requisitos de semanas ni edad, sino únicamente la calificación que demuestre una pérdida de capacidad laboral del 50% o más y que el origen de dicha pérdida sea laboral.

Se evidencia que el aspecto más relevante de esta pensión, es la determinación del origen, la cual no siempre ha sido pacífica ya que los artículos 9, 10 y 11 del Decreto Ley 1295 de 1994 que definían lo que debía entenderse tanto por accidente de trabajo, como por

enfermedad profesional, fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional, mediante las Sentencias C- 858 de 2006 y C-1155 de 2008 por extralimitación del Presidente de la República, de manera que hasta hace poco la calificación de origen, suscitaba múltiples argumentaciones y debates. Este problema fue resuelto finalmente por la Ley 1562 de 2012, mediante la cual, en los artículos 3 y 4 se definieron ambos conceptos: el accidente de trabajo se entiende como un suceso repentino que se origina por cualquiera de las siguientes razones: por causa o con ocasión del trabajo, durante la ejecución de órdenes del empleador (incluso fuera del lugar y horario de trabajo), en el traslado de los trabajadores desde su casa al lugar de trabajo y viceversa (cuando el empleador suministre el transporte), durante el ejercicio de la función sindical e incluso los que se produzcan en actividades recreativas, deportivas o culturales en representación del empleador; y la enfermedad laboral es aquella que se contrae como resultado a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral.

Frente a las enfermedades laborales, cabe añadir que actualmente, están determinadas en el Decreto 2566 de 2009, en el cual aparecen un total de 42 enfermedades consideradas como laborales y está regulado además el tema de la relación de causa-efecto que debe existir entre una enfermedad no contemplada en la lista pero que se haya causado por alguno de los factores de riesgo ocupacionales determinados para ese cargo, disposición que se reitera en la Ley 1562 de 2012.

El monto de esta pensión, al igual que la de invalidez de origen común, depende del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, de manera que si la invalidez es superior al 50%, pero inferior al 66%, el monto de la pensión será del 60% del IBL y si el porcentaje de pérdida es superior al 66%, la pensión se liquidará con el 75% del IBL, pero si la persona requiere del auxilio de otros, para realizar las funciones elementales del día a día, la pensión tendrá un incremento del 15%, de acuerdo con el literal c del artículo 10 de la Ley 776 de 2002, posibilidad que existe únicamente para esta pensión, pues en la pensión de invalidez de origen común no está consagrada.

El IBL, al igual que en la pensión de invalidez de origen común, será el establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los últimos 10 años o del tiempo inferior si no llevaba 10 años afiliado al sistema.

Finalmente, una característica adicional de esta pensión, establecida en el artículo 15 de la Ley 776 de 2002, es que como está a cargo de la ARL, cuando una persona recibe una pensión de invalidez de este tipo, tendrá derecho a reclamar al sistema general de pensiones, la devolución de saldos en caso de que se encontrara en el régimen de ahorro individual o a la indemnización sustitutiva si se encontraba en el régimen de prima media con prestación definida.

Frente la opción anteriormente planteada, se debe hacer una advertencia, puesto que al hacer uso de ese derecho, la persona frente al sistema general de pensiones, no sólo adquiere el estatus de pensionado, sino que además su historia laboral queda en ceros, por lo que si eventualmente, después de una revisión del estado de invalidez, este fuera valorado en un porcentaje inferior al 50% y la persona perdiera el derecho a la pensión a cargo de la ARL, quedaría desprotegida, puesto que ya no contaría con semanas de

cotización o con capital acumulado (según el caso), y al reintegrarse al mercado laboral, tendría que empezar nuevamente a cotizar al sistema, pero difícilmente alcanzaría a cumplir con los requisitos mínimos para cubrir la contingencia de vejez. Por lo tanto, la recomendación que se hace es que una persona sólo haga uso de este derecho cuando se trata de las pensiones de sobrevivientes, ya que en el caso de invalidez, el hecho de que sea reversible, hace que se corra un gran riesgo de quedar desprotegido en caso de una recuperación significativa.

Pensión anticipada de vejez por hijo inválido.

Esta pensión tiene como finalidad, permitir que un padre o madre cabeza de familia, que tenga un hijo con discapacidad, pueda estar con él y encargarse de todos los cuidados que necesita, pero teniendo en cuenta a su vez la necesidad de garantizar que tengan los recursos económicos que les permitan el ejercicio de sus derechos fundamentales especialmente la vida digna y la salud.

Esta pensión está regulada en el inciso II del párrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, aunque este tipo de pensión realmente no existía en el texto original de la Ley 100 de 1993, sino que fue adicionada por medio de la modificación antes mencionada, es decir que existe en el ordenamiento jurídico colombiano, solo a partir del año 2003.

En los años que ha estado vigente esta pensión solo ha sufrido modificaciones por parte de la Corte Constitucional, la cual ha ido ampliando progresivamente la cobertura inicial que dispuso la ley para esta pensión, pues estaba restringida para madres cabeza de familia y para el padre si la madre fallecía y solo para aquellas que tuvieran hijos menores de 18 años, disposiciones que cuando fueron objeto de estudio por parte de la Corte, fueron declaradas inexequibles las palabras “menores de 18 años” y exequible condicionalmente el resto del inciso que se refiere a esta pensión bajo el entendido de que la dependencia debe ser económica, mediante la Sentencia C-227 de 2004.

Posteriormente, la Corte Constitucional estudió nuevamente este inciso y declaró exequible condicionadamente la palabra “madre” bajo el entendido de que debe hacerse extensivo también a los padres cabeza de familia, mediante la Sentencia C-989 de 2006.

De esta manera, los requisitos para optar por esta pensión anticipada, de acuerdo con las modificaciones que ha hecho la Corte Constitucional, son tres: 1. Ser padre o madre cabeza de familia, 2. Tener un hijo que padezca una invalidez física o mental, debidamente calificada. 3. Tener cotizadas las semanas mínimas exigidas en el régimen de prima media (es decir, 1.250 para el 2013, 1.275 para el 2014 y 1.300 del 2015 en adelante).

Esta pensión se ha denominado pensión especial de vejez o pensión anticipada y en principio, se reconoce de forma vitalicia, salvo que ocurra alguna de las siguientes situaciones, caso en el cual se suspende el pago de la pensión: que el hijo se recupere o disminuya su pérdida de capacidad laboral, de manera que con el nuevo porcentaje ya no sea considerado inválido, que por algún motivo, el hijo a pesar de seguir siendo inválido, deje de depender económicamente del padre o madre; que a pesar de que el hijo siga siendo

inválido y siga dependiendo económicamente del padre o madre, éste ingrese nuevamente al mercado laboral.

Frente a la pérdida de la pensión por las eventualidades descritas, se evidencia que genera una desprotección por parte del Estado, tanto para el hijo inválido, como para la familia en general, especialmente en el primer escenario descrito, en el que el hijo deja de ser considerado inválido por tener una calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, pues como ya se explicó, existe una gran diferencia entre la invalidez y la discapacidad, por lo que a pesar de que se haya recuperado, aún tiene una discapacidad y a pesar de eso su madre va a perder no sólo el derecho a la pensión, sino que además posiblemente deba conseguir nuevamente un trabajo o esperar a cumplir con la edad requerida para obtener la pensión ordinaria de vejez.

En cuanto al valor de esta pensión, la forma de calcularlo es la misma que en la pensión ordinaria de vejez, es decir: el porcentaje depende de la aplicación de la fórmula consagrada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, el cual podrá estar entre el 55% y el 80% dependiendo del número de salarios mínimos devengados por la persona y del número de semanas adicionales a las mínimas requeridas, pues por cada 50 semanas adicionales, el porcentaje se incrementa en un 1.5 % y el IBL será el promedio de los salarios de los últimos 10 años, tal y como lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

La pensión de vejez por deficiencia.

Esta pensión tiene como objetivo la protección de las personas que a pesar de padecer una deficiencia física, síquica o sensorial, han trabajado y cotizado al sistema, pero que finalmente no tienen las mismas ni capacidades que los demás y por lo tanto tampoco las mismas posibilidades para acceder al mercado laboral y cumplir con los requisitos exigidos para ser beneficiario de la pensión ordinaria de vejez.

Este tipo de pensión está regulado en el inciso primero del párrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, pero igual que la pensión descrita en el numeral anterior, fue incorporado al sistema realmente a partir de la promulgación de la Ley 797 de 2003 y no ha sufrido ningún cambio desde entonces.

Los requisitos para ser beneficiario de esta pensión son tres: la persona debe padecer una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, debe contar con 55 años de edad y debe acreditar 1000 semanas de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Esta pensión a simple vista pareciera tener grandes similitudes tanto con la pensión de vejez, como con la pensión de invalidez, por lo que se hace importante resaltar las diferencias que tienen estas tres pensiones, frente a lo cual se ha pronunciado la Corte Constitucional, quien en sentencia T- 007 de 2009 resaltó lo siguiente:

La pensión anticipada de vejez se diferencia de la pensión ordinaria de vejez en tanto exonera al solicitante del cumplimiento del requisito de edad contemplado en el numeral 1° del artículo 33. La razón de esa exoneración radica en el hecho de que la persona presenta una deficiencia igual o superior al 50%.

De otro lado, aunque esta pensión anticipada exige que se hayan cotizado 1000 o más semanas (igual que en la pensión de vejez), la diferencia con relación a este punto se encuentra en que en la pensión de vejez, con el transcurso de los años, las semanas exigidas para acceder a esta prestación irán aumentando hasta llegar a 1300, particularidad que no se observa en la pensión anticipada.

Lo anterior como diferencia con la pensión de vejez. En cuanto a la pensión de invalidez, cabe resaltar que ésta depende de una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, calificación que se compone de tres conceptos, deficiencia, discapacidad y minusvalía, de acuerdo con el Decreto 917 de 1999, conocido como Manual Único para la Calificación de Invalidez; mientras que esta pensión anticipada se refiere sólo a la deficiencia y se establece además que dicha deficiencia debe ser igual o superior al 50%, a pesar de que ese es el puntaje máximo que se puede otorgar en una calificación de pérdida de capacidad laboral por ese concepto, por lo que la Corte Constitucional en la misma sentencia citada anteriormente consideró que dicha interpretación “contraviene el principio interpretativo del efecto útil de las normas” ya que nunca podría entonces una persona tener una deficiencia superior al 50% como lo establece la ley: “las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad”, y de esta manera concluye la corte lo siguiente:

Cuando una deficiencia reciba el porcentaje máximo establecido en el decreto, debe entenderse, para efectos de establecer si una persona tiene derecho a la pensión anticipada de vejez, que fue calificada con el 100%. En consecuencia, si en el contexto de la calificación de la invalidez, a la deficiencia de una persona se le asigna un porcentaje de 25 o más, quiere decirse con ello que reúne la condición exigida por el artículo 33, parágrafo 4° de la Ley 100 de 1993, de contar con una deficiencia igual o superior al 50%.

Finalmente, es necesario señalar que esta pensión se liquida de igual manera que se hace con la pensión ordinaria de vejez, es decir, aplicando la fórmula consagrada en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, según la cual, el porcentaje inicial esta entre el 55% y el 65%, calculado en forma decreciente en función del número de salarios mínimos devengados por la persona (entre más salarios devengue la persona, menor es el porcentaje inicial), el cual se puede llegar a estar máximo entre el 70.5% y el 80%, pues se incrementa en un 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas; el IBL se calcula bajo la regla general consagrada en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993) y es vitalicia mientras subsistan las causas que le dieron origen.

Podría pensarse entonces, que como la ley habla de semanas mínimas requeridas y para esta pensión se requieren 1.000 semanas de cotización, el porcentaje en este caso empezaría a incrementarse en un 1.5% a partir de las semanas adicionales a 1.000 y no a 1.250, que son las semanas que se requieren este año para acceder a la pensión ordinaria de vejez, pues esta es la única forma en la que se estaría contemplando realmente una protección especial a las personas en situación de discapacidad, pero esto es sólo una interpretación, ya que ninguna de las altas cortes se ha pronunciado en la materia y Colpensiones no se refiere a esta pensión en ninguna de las circulares que ha emitido, por lo que se evidencian

problemas prácticos para el reconocimiento de esta prestación, tanto en materia de ambigüedad de los requisitos exigidos, como en la poca regulación que existe en la materia.

Pensión de sobrevivientes para hijo o hermano inválido.

El objetivo de esta pensión, es la protección del hijo o hermano con discapacidad de una persona que fallece, tanto por una causa común, como laboral y de la cual dependían económicamente y se busca con ella que estas personas que tienen una especial protección en el ordenamiento jurídico, puedan tener los medios necesarios para la subsistencia.

Está regulada en los artículos 46, 47 y 48 de la Ley 100 de 1993, los dos primeros modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, respectivamente y sus requisitos y características dependen del origen de la muerte, si es común o si es laboral.

En cuanto a la muerte de origen común, en el texto original de la Ley 100 de 1993, los requisitos para optar por esta pensión eran los siguientes: la calificación de invalidez del hijo (o hermano, cuando el causante no tenía cónyuge, hijos, ni padres con derecho) del causante; que esa persona (hermano o hijo) dependiera económicamente de él y si el causante era pensionado no existía ningún otro requisito y en ese caso se hablaba de una sustitución pensional; pero si era un afiliado activo, se requería que tuviera 26 semanas en cualquier tiempo y si era un afiliado inactivo, se requería que tuviera 26 semanas en el último año antes de la muerte.

En el texto de la Ley 797 de 2003, el cual se encuentra vigente actualmente, se mantiene igual la situación para el hijo o hermano cuando el causante era pensionado, es decir que opera la sustitución pensional, pero si el causante era afiliado, se requieren 50 semanas en los últimos 3 años antes de la muerte y adicionalmente, al igual que en la pensión de invalidez, se requería inicialmente una fidelidad del 25% desde los 20 años de edad hasta la fecha de la muerte si esta era causada por una enfermedad o del 20% si era causada por un accidente, pero este último requisito fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C- 556 de 2009.

El porcentaje con el cual se liquida esta pensión dependerá de si el causante era un pensionado o un afiliado: en el primer caso, como se trata de una sustitución pensional, la pensión que se le reconoce al hijo o hermano será del 100% del valor que la persona recibía por vejez o invalidez y en el segundo caso, la pensión es de un 45% del promedio de los salarios de los últimos diez años (o tiempo inferior, si es el caso) por las primeras 500 semanas, más un 2% por cada cincuenta semanas adicionales, con un tope máximo de 75%.

El salario o promedio de salarios al que se le aplica ese porcentaje, tal como se anunció en el párrafo anterior, es el consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, es decir, el promedio de los últimos 10 años o tiempo inferior.

La duración de esta pensión, tanto en el caso del hijo como del hermano depende de que la persona siga siendo considerada inválida, es decir, que la calificación de su pérdida de capacidad laboral siga siendo superior al 50%, pues si dicho porcentaje disminuye, significa

que la persona puede reintegrarse a la fuerza laboral y de esta forma, pierde el derecho a esta pensión.

Por el otro lado, la pensión de sobrevivientes causada por muerte de origen laboral, está a cargo de la ARL y no existe requisito de semanas de cotización, se requiere únicamente que la causa de la muerte haya sido una enfermedad profesional o un accidente de trabajo, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 776 de 2002.

El porcentaje con el cual se liquida esta pensión, al igual que en la pensión de sobrevivientes por muerte de origen común, ya que depende de si el causante era un pensionado o un afiliado: en el primer caso, la pensión será del 100% del valor que la persona recibía por vejez o invalidez y en el segundo caso, la pensión es de un 75% del IBL, el cual al igual que en las demás pensiones, es el establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a los beneficiarios de esta pensión, son los mismos señalados para la pensión de sobrevivientes de origen común, por remisión normativa que hace el legislador en el artículo 11 de la Ley 776 de 2002 al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, por lo que las condiciones de duración también son las mismas, es decir, será vitalicia tanto en el caso del hijo inválido, como en el caso del hermano inválido, mientras subsistan las causas que la originaron.

Finalmente, al igual que en el caso de la pensión de invalidez, los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por muerte de origen profesional, tendrán derecho a la devolución de saldos (si el causante estaba en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) o a la indemnización sustitutiva (si se encontraba en el Régimen de Prima Media).

Aplicabilidad de los incrementos por personas a cargo consagrados en el Decreto 758 de 1990.

Estos incrementos estaban regulados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 y consistían en la posibilidad de aumentar la pensión en un 7% del salario mínimo legal mensual vigente, para aquellas personas pensionadas por vejez o invalidez que tuvieran hijos inválidos, no pensionados, de cualquier edad.

El problema que existe actualmente con los incrementos, es que mediante una interpretación exegética (o textual) de la norma, podría decirse que estos incrementos ya no son aplicables, pues a pesar de que el mencionado decreto aún rige para las personas que tienen régimen de transición del sector privado, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mediante el cual se regula ese régimen, establece que solo se respetarán la edad, el tiempo de cotizaciones o de servicio y el monto (o porcentaje) de la pensión y no se refirió en ningún momento a los incrementos; esta interpretación es la que ha acogido Colpensiones y se pronunció al respecto en la Circular Externa 1 de 2012 en los siguientes términos:

...los usuarios que tienen derecho a que se les aplique el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en tal virtud, pueden pensionarse con base en la edad, el tiempo de servicio, el número de semanas y el monto de pensión establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban

afiliados al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, es necesario aclarar frente a la aplicación del Decreto 758 de 1990 que en efecto, el mismo se aplica exclusivamente respecto a los factores mencionados, sin que sea posible que dicho beneficio se extienda a factores diferentes y mucho menos a otras prestaciones, por lo que teniendo en cuenta que en los términos del artículo 22 del Decreto 758 de 1990 los incrementos son una prestación diferente a la pensión de vejez, tampoco es procedente concederlos para los beneficiarios del régimen de transición. (Colpensiones, 2012)

Otra interpretación que se ha dado, es que los incrementos aumentan el monto, por lo que deben ser aplicados cuando una persona sea beneficiaria del régimen de transición; esta interpretación es la que acoge la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 36345 del 10 de agosto de 2010 manifestó lo siguiente:

Si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción.

En este orden de ideas, al no disponer la Ley 100 de 1993 nada respecto de los incrementos de marras, los cuales de acuerdo a lo atrás expresado no pugnan con la nueva legislación, es razonable concluir como lo hizo el ad quem, que dicho beneficio se mantiene en vigor; se insiste, para el afiliado que se le aplique por derecho propio o por transición el aludido Acuerdo 049 de 1990. (2010)

Además del punto anterior, se ha interpretado también que como la Ley 100 de 1993 no derogó expresamente los incrementos por personas a cargo, estos continúan vigentes por aplicación de los principios de favorabilidad y de integralidad, frente a lo cual, Colpensiones contestó por medio de la Circular Externa 1 de 2012 lo siguiente:

...no puede pasarse por alto que, si bien, el artículo 289 de la Ley 100 de 1993 de manera expresa se refirió únicamente a la derogatoria de los artículos 2o de la Ley 4a de 1966, 5o de la Ley 33 de 1985, al parágrafo del artículo 7o de la Ley 71 de 1988 y a los artículos 260, 268, 269, 270, 271 y 272 del Código Sustantivo del Trabajo, también señala expresamente que deroga todas las disposiciones que le

sean contrarias, y en consecuencia si la Ley 100 de 1993 en sus artículos 31, 34 y 36 al hablar del monto de las pensiones de vejez e invalidez se abstuvo de mencionar los incrementos de las mismas y generó una regla nueva que regula dicho monto, debe entenderse que la norma anterior quedó derogada. (Colpensiones, 2012)

Ahora bien, con respecto a los usuarios que tienen derecho a que se les aplique el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que de esa manera, pueden pensionarse con base en la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto de pensión establecidos en el régimen al cual se encontraban afiliados al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, es necesario aclarar frente a la aplicación del Decreto 758 de 1990 que en efecto, el mismo se aplica exclusivamente respecto a los factores mencionados, sin que sea posible que dicho beneficio se extienda a factores diferentes y mucho menos a otras prestaciones, por lo que teniendo en cuenta que en los términos del artículo 22 del Decreto 758 de 1990 los incrementos son una prestación diferente a la pensión de vejez, tampoco es procedente concederlos a los beneficiarios del régimen de transición.

Para concluir con este tema, es importante señalar, que a pesar de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en la materia, Colpensiones está desconociendo esos precedentes jurisprudenciales y está negando todas las solicitudes de incrementos pensionales, bajo el argumento anteriormente expuesto, por lo que para acceder a ese beneficio, la única opción será agotar la reclamación administrativa y acudir a la jurisdicción ordinaria con el fin de que sea discutido el derecho.

Lo anterior, es el estado actual de las prestaciones económicas que buscan proteger a las personas discapacitadas en Colombia; es difícil saber que va a pasar en el futuro, pues se sabe que tanto el Gobierno Nacional, como el Congreso de la República, tienen el tema de la discapacidad en sus agendas y una clara evidencia de eso es la Ley Estatutaria 1618 expedida el 27 de febrero del año 2013, en la que se insta a las distintas autoridades nacionales y territoriales a la creación y el cumplimiento de las políticas que garanticen el ejercicio de los derechos y libertades de las personas en condición de discapacidad, esto es un paso más, hacia la protección integral de estas personas, pero aún no es posible analizar el impacto de ese paso.

Adicionalmente, actualmente cursa en el Congreso de la República un proyecto de acto legislativo (003 de 2013 en el Senado) que busca la creación de una “pensión mínima mensual no contributiva o asistencial de sobrevivencia para el adulto mayor y personas en condición de discapacidad severa o mental profunda” a través de la modificación del artículo 48 de la Constitución Política; el proyecto ya pasó el primer y segundo debate en la Cámara de Representantes y está pendiente la ponencia en primer debate en el Senado de la República.

Tesis jurisprudenciales sobre protección de los derechos de las personas con discapacidad en el sistema de pensiones.

Un aspecto fundamental a tener en cuenta a la hora de hacer un análisis acerca de las regulaciones existentes en Colombia, es la jurisprudencia, ya que este país se acerca cada

vez más al sistema jurídico anglosajón (o Common Law) en el que los fallos judiciales y el precedente que estos sientan, es una de las principales fuentes de derecho.

De esta manera, se hace necesario conocer cuál ha sido la interpretación que le han dado las altas cortes a las materias que se han analizado anteriormente, pues el conocimiento de las mismas puede significar una importante ventaja a la hora de acudir a la jurisdicción en las primeras instancias.

Condición más beneficiosa.

La condición más beneficiosa surge como una solución al constante cambio normativo, que en muchas ocasiones como ya se vio, ya en detrimento de los derechos de los ciudadanos.

El principio de la condición más beneficiosa ha sido aplicado tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por la Corte Constitucional, a personas que su fecha de estructuración se da en vigencia de una ley y no cumplen los requisitos establecidos en dicha ley para ser beneficiarios de la pensión de invalidez, pero sí cumplen con los requisitos de la ley anterior, por lo que se hace necesario analizar la posición de las altas cortes, en cada uno de los tránsitos legislativos.

Frente a la invalidez en vigencia de Ley 100 de 199. La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia con Radicado 24812 con 31 de febrero de 2006, manifestó lo siguiente:

...resulta inequitativo y contrario al postulado legal, que la persona que haya cotizado más de 300 semanas durante su vida laboral, no pueda ser beneficiaria de la pensión de invalidez, únicamente por el hecho de no haber aportado las 26 semanas en el último año anterior a la estructuración de tal estado.

En el aparte citado anteriormente, la Corte se estaba refiriendo a una persona que a pesar de que superaba en más del doble las 300 semanas exigidas en el Decreto 758 de 1990, le había sido negada la pensión porque la fecha de estructuración de la invalidez fue en vigencia de la Ley 100 de 1993, con la cual se exigían 26 semanas en el último año, de las cuales la persona solo contaba con 23 semanas en ese periodo y posteriormente, la Corte se refiere a la Sentencia con radicado 24280 del 5 de junio de 2005 por medio de la cual fijó su posición al respecto:

Resultaría el sistema ineficaz, sin sentido práctico y dinámico además, si se negara el derecho pensional a quien estuvo o está afiliado a la seguridad social, y cumplió con un número de aportaciones tan suficiente -971- que, de no haber variado la normatividad, se repite, para disminuir la densidad de cotizaciones, con inmediatez al año anterior al infortunio, hubiera obtenido el derecho pensional sin reparo alguno. De suerte que no resulta acorde con la lógica, ni conforme con los ordenamientos constitucionales y legales, que una modificación como la introducida por la Ley 100 de 1993, desconozca aquellas cotizaciones, y le impida procurarse su subsistencia y, posiblemente, la de su grupo familiar, a través de la pensión, pues ello contrariaría los principios del régimen antes anotados, que le permiten, a quien

ha padecido una novedad hacerle frente, mediante el acceso a la pensión, como consecuencia de los aportes válidamente realizados antes de su acaecimiento.

...Pero sería una paradoja jurídica entender que quien había cotizado dentro del régimen anterior con abundancia de semanas, como acontece con la actual demandante, quede privada de la pensión por falta de las 26 semanas exigidas en el nuevo régimen, ya que de antemano tenía consolidado un amparo para sobrellevar la invalidez dentro del régimen antiguo, amparo éste que ni los principios constitucionales tutelares del trabajo humano ni la justicia y la equidad permiten desconocer. Más aun cuando la entidad obligada a reconocer la pensión de invalidez ya lo estaba dentro del antiguo régimen, sin que ahora pueda escudarse en el nuevo, para abstenerse de cumplir ese deber jurídico que de antemano ya pesaba sobre tal entidad.

Frente a la invalidez en Vigencia de Ley 860 de 2003, la Corte Suprema de Justicia se pronunció acerca de la posibilidad de aplicar los requisitos del Decreto 758 de 1990, a personas que no cumplen con los establecidos en la Ley 860 de 2003, ni con los de la Ley 100 de 1993, frente a lo cual la Corte en sentencia con radicado 32.642 del 9 de diciembre de 2008 dispuso lo siguiente:

No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable conforme a las reglas generales del derecho.

En cuanto a la aplicación de la Ley 100 de 1993, cuando la estructuración de la invalidez se da en vigencia de las Ley 860 de 2003, la Corte en sentencia con radicado 32.765 del 2 de septiembre de 2008 señaló lo siguiente:

La deliberada voluntad del legislador en las reformas introducidas al sistema pensional con las Leyes 797 y 860 de 2003, propenden a asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo.

Por lo demás, no hay lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa cuando la persona que se invalida en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 no cumple los requisitos previstos en esa normatividad, pero sí las 26 semanas del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

En efecto, el principio de la condición más beneficiosa en materia pensional ha tenido extensa aplicación por parte de la jurisprudencia, respecto a aquellas personas que habiendo cumplido con un nivel elevado de cotizaciones antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, (150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, ó 300 semanas en cualquier época con anterioridad a ese estado) tal como lo determinaba el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 del I.S.S., no cumplían con las 26 semanas para el

momento de la invalidez o de la muerte exigidas por la Ley 100 de 1993, pero en razón a que se consideró que la nueva legislación traía una exigencia menor en número de cotizaciones respecto de la legislación anterior.

Por su parte, la Corte Constitucional ha considerado que si una persona que cotizaba para el riesgo de invalidez y durante la vigencia de determinada ley, cumplió con el requisito de semanas establecido en dicha ley, para acceder a la pensión de invalidez, solo que no había sufrido en ese momento la enfermedad o accidente que le causó una pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, le debe ser aplicada la ley que se encontraba vigente en el momento en que él cumplió con las semanas requeridas y así lo señaló en la sentencia T-662 de 2011:

Para esta Sala la situación anterior encaja en la definición de expectativa legítima, es decir, la persona, a pesar de no haber cumplido con todos los requisitos para consolidar su derecho, cuenta con ciertas condiciones definidas por el legislador para acceder a él conforme a la ley derogada. Adicionalmente, en virtud de los mandatos superiores contemplados en el Preámbulo y en los artículos 1º, 2º y 53, las prerrogativas deben ser respetadas en caso de que se cumplan a posteriori los supuestos de la norma frente al tránsito de legislación y la ausencia de un régimen de transición, con el objetivo de que su titular tenga la posibilidad de exigir el reconocimiento de la prestación en las condiciones prescritas por la normatividad abolida.

Pérdida del derecho a la pensión de invalidez por disminución en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Otro desarrollo jurisprudencial de gran importancia en materia de discapacidad, es el que han hecho tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional, para resolver los casos de las personas que después de la revisión a la que tienen derecho las administradoras de pensiones, se modifica su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, siendo este último inferior al 50%, por lo que pierden el derecho a la pensión que estaban percibiendo.

Desde el año 1995, a sólo un año de haber entrado en vigencia el Sistema General de Pensiones para el sector privado y el sector público del orden nacional y a sólo unos meses de la entrada en vigencia para el sector público del orden territorial, la Corte Constitucional se ha preocupado por la situación en la que quedan las personas que se recuperan de una enfermedad o accidente y que dicha recuperación al disminuir el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, los lleva a perder la pensión, por lo que en la sentencia T- 356 de 1995 determinó lo siguiente:

Si el inválido recupera en todo o en parte su capacidad y ello es constatado en la revisión médica, legalmente practicada, y, por consiguiente, hay un cambio en la calificación de la incapacidad del trabajador, entonces, se reabre para éste la perspectiva de ser readmitido en el puesto de trabajo del cual fue alejado por fuerza mayor (la invalidez sobreviviente). No hacerlo significaría que una calamidad (la enfermedad) se convertiría en razón suficiente para dislocar el derecho al trabajo, esto no es justo ni compatible con el Estado Social de Derecho.

Pero incluso desde ese entonces, ha venido sosteniendo que el derecho al reintegro no es absoluto y que depende de que se den los siguientes criterios:

(i) El empleador debe establecer si la capacidad y la competencia del declarado no inválido, a su juicio, son satisfactorias, de acuerdo con el examen médico que se realice, (ii) en el caso de los servidores públicos hay que tener en cuenta que debe existir la vacante, ya que las nóminas se rigen por normas legales. No obstante, de no existir la vacante, la entidad deberá dar preferencia absoluta para su readmisión en la primera vacante que se produzca dentro de las condiciones de categoría y salario en las que se encontraba antes de su declaratoria de invalidez, (iii) en el caso de la carrera judicial en la medida en que el ingreso a ella debe operar mediante concurso, si quien solicita el reintegro a su cargo no hacía parte de la carrera judicial antes de la declaratoria de invalidez, no es factible ordenar su revinculación. En todo caso, cuando no es posible la revinculación en el cargo, el empleador debe justificar la decisión correspondiente. (Corte Constitucional, T-050 de 2007)

Finalmente, aunque no es un desarrollo jurisprudencial, si está absolutamente relacionado con la materia y es el efecto que tiene frente al sistema el hecho de que una persona que tenía una pensión de invalidez y la perdió por recuperación, regrese a trabajar y vuelva a hacer aportes; este tema está regulado en el artículo 15 del Decreto 832 de 1996:

Cuando se declare la cesación del estado de invalidez de un pensionado, se le tomará como tiempo cotizado, aquél durante el cual gozó de la pensión de invalidez, y como salario devengado durante ese tiempo, el ingreso base de liquidación utilizado para el cálculo de su pensión, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor suministrado por el DANE.

Ahora, el tema realmente preocupante es el de las personas que accedieron a una pensión de invalidez reconocida por una ARL como consecuencia de una enfermedad o un accidente de origen laboral y por lo tanto reclamaron la devolución de aportes (o indemnización sustitutiva, según el caso) a su administradora de pensiones y posteriormente, cesó el estado de invalidez.

Este caso aún no se evidencian estudios de la Corte Constitucional, ni por la Corte Suprema de Justicia, por lo que no existe aún ni siquiera una idea de cómo manejar esta situación, por lo que la recomendación entonces es que sólo se reclamen la devolución de aportes o indemnización sustitutiva en caso de muerte, los beneficiarios de esa persona, o en caso de una invalidez calificada con un porcentaje de pérdida muy alto y cuya recuperación sea casi imposible, pues en caso de una invalidez de origen profesional, con un porcentaje de pérdida cercano al 50%, existe el riesgo de que disminuya dicho porcentaje y en ese caso, si la persona reclamó la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, queda sin la pensión por parte de la ARL y tendría que empezar desde cero con los aportes en pensiones, lo cual en la mayoría de los casos, imposibilitaría el futuro reconocimiento de una pensión de vejez, porque difícilmente la persona podría completar las semanas de cotización requeridas para ello.

Prestaciones económicas en el sistema de pensiones en América Latina para las personas con discapacidad.

En los Sistemas de Seguridad Social en Pensiones de América Latina, se encuentra que el tema de discapacidad ha sido incluido en la normatividad con el fin de proteger este grupo vulnerable de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, siendo interesante analizar las similitudes y diferencias existentes en las consagraciones legales sobre el tema, entre Colombia y otros países, en consideración a que con muchos de estos ellos, se comparten características como el idioma, la historia, la cultura y las costumbres. En este sentido, autores como Pizzorusso (1987) han definido ese ejercicio como microcomparación, entendiendo por ello el proceso de comparar partes pequeñas de los diferentes sistemas o familias jurídicas, de manera que a continuación se procederá a revisar el abordaje de la protección a las personas con discapacidad en cuatro países de América Latina.

El primer país objeto de esta comparación, es Venezuela donde el tema pensional está regulado a través del Decreto 6266 de 2008, conocido como Ley del Seguro Social, en el cual las únicas pensiones que regulan la materia, son las de invalidez de origen común y de origen profesional y la pensión de sobrevivientes, con la diferencia de que dentro de los posibles beneficiarios de la pensión se encuentra solamente el hijo con discapacidad y no el hermano con discapacidad (el cual si puede llegar a ser beneficiario de esa pensión en Colombia) y adicionalmente se encuentra otra diferencia sustancial y es que no hay regulaciones especiales para personas con discapacidad en cuanto a posibilidades de acceder a una pensión anticipada de vejez.

Para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad de origen común en Venezuela, los requisitos son sencillos: tener una pérdida de más de dos tercios de su capacidad para trabajar (es decir que se requiere un mayor porcentaje que en Colombia para acceder a esta pensión), y tener 100 semanas cotizadas en los últimos tres años y 250 semanas en cualquier tiempo (salvo si es menor de 30 años, caso en el cual se le restarán a ese monto, 20 semanas por cada año que le falte para cumplir los 30 años); de lo anterior se puede concluir que Colombia tiene una regulación más proteccionista en relación con esta pensión, puesto que los requisitos exigidos, al ser menores, permiten el acceso de más personas a esta prestación.

En cuando a la invalidez de origen profesional, al igual que en Colombia, no existen requisitos de edad, ni de semanas de cotización; la gran diferencia, surge en la pensión de invalidez por accidente de origen común, frente a la cual, en Venezuela no existen tampoco requisitos de semanas ni de edad, sino que se exige únicamente que la persona en ese momento estuviera cotizando al Seguro Social.

El segundo país, es Argentina, en donde por medio del artículo 2 de la Ley 20.475 de 1973, modificado por el artículo 25 de la Ley 22.431 de 1981 se establece que las personas con discapacidad, (la cual está definida por la misma ley como una pérdida de capacidad laboral superior al 33%), que sean afiliados al régimen nacional de previsión, tienen derecho a la pensión ordinaria de vejez con 20 años de servicio y 45 años de edad cuando se hayan desempeñado como dependientes, o 50 años de edad si trabajaban como independientes, acreditando además en ambos casos, que trabajaron al menos 10 años estando en condición

de discapacidad; esta pensión podría asemejarse a la pensión especial de vejez por deficiencia existente en Colombia, pues se parte de la base de que es una persona que ha trabajado y cotizado al sistema a pesar de están en situación de discapacidad.

Existe una especial protección para las personas que sufran de ceguera, quienes podrán pensionarse con el cumplimiento de solo 1 de los requisitos establecidos anteriormente, es decir o 20 años de servicio o 45 años de edad; en cuanto a esta prestación, se evidencia que han dado un paso más adelante en comparación con Colombia, pues no existe en este país ninguna prestación que se le asemeje.

En materia de pensión de sobrevivientes, la regulación es muy similar a la que existe en Colombia, pero al igual que en Venezuela, entre los beneficiarios se contempla sólo el hijo con discapacidad y no el hermano como si se hace en Colombia.

Finalmente, en materia de invalidez existe una pensión especial, pero es bastante diferente a la que existe en Colombia, pues para optar por dicha pensión se requiere tener 65 años independientemente del género (cuando en vejez requieren 60 años las mujeres y 65 los hombres) y si bien el monto de semanas de cotización exigidas es poco (120 semanas en los últimos 3 años si es aportante regular o 72 si es aportante irregular), a simple vista se puede concluir que la protección no cumple con el objetivo propuesto, pues para tener derecho a la pensión es necesario tener una edad muy avanzada y porque adicionalmente, se requiere que hayan trabajado en los últimos 3 años antes de solicitar el reconocimiento de la pensión, lo que carece un poco de sentido, por las dificultades que existen para acceder al mercado laboral no sólo en situación de discapacidad, sino también en edades avanzadas.

Con esta comparación puede concluirse que Colombia tiene unas mejores garantías que Argentina para las personas con discapacidad, pero resulta valioso el estudio hecho, pues permitió conocer una prestación que no se contempla en este país y que podría resultar interesante en cuanto extiende la cobertura al exigir sólo uno de los requisitos para optar la pensión especial de vejez.

El tercer país objeto de análisis es Chile, donde existen dos tipos de pensión de invalidez, ambas consagradas en el Decreto Ley 3500 de 1980 y el reconocimiento de una u otra, depende del porcentaje de pérdida, la primera, denominada pensión de invalidez total, se reconoce en los casos en que la pérdida de capacidad laboral es de al menos dos tercios y la otra es la pensión por invalidez parcial cuando la pérdida es del 50% o más, pero inferior a los dos tercios; En esta materia no se evidencia una real diferencia con la protección que existe en Colombia, puesto que a pesar de que no se divide en dos pensiones, sí se diferencia el monto de la pensión cuando el porcentaje de pérdida es superior al 66%.

Existe además una regulación en materia de pensión de sobrevivientes muy similar a la que existe en Colombia, ya que pueden acceder a ella los hijos con discapacidad de cualquier edad que lo sean al momento de la muerte del causante o por una incapacidad sobreviniente posterior a la muerte del causante, pero igual que en los países analizados anteriormente, no se consagra esta protección en cabeza del hermano con discapacidad.

Por último, resulta importante mencionar que el tema sigue siendo objeto de preocupación y el 3 de febrero de 2010, se expidió la Ley 20.422, en la cual se establecen varias protecciones a las personas en condición de discapacidad, pero no se crean nuevas prestaciones económicas en materia pensional.

El último país objeto de la comparación es México, donde desde el año 1997 existe un sistema muy similar al que existe en Colombia, puesto que existen dos regímenes de pensiones actualmente, la diferencia consiste en que en ese país no todas las personas tienen la posibilidad de elegir, sino que a partir del año 1997, todas las pensiones son administradas por las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES) y sólo pueden elegir permanecer en el Instituto de los Seguros Sociales Mexicanos aquellos que empezaron a cotizar antes de ese año.

En el caso de la pensión de invalidez, regulada por la Ley del Seguro Social, el monto es inicialmente del 35% del promedio de los salarios de las últimas 500 semanas cotizadas, más las asignaciones familiares (por esposa, por hijos o por padres en ausencia de los dos primeros), pero es importante tener en cuenta, que el monto no puede ser inferior al salario mínimo general para el Distrito Federal y en caso de que para un caso concreto lo sea, el Estado debe completar el porcentaje que quede faltando.

La pensión de invalidez de origen profesional se maneja de una manera bastante similar a Colombia, pues no se exigen requisitos de edad ni semanas, sino únicamente la calificación de invalidez, con la diferencia de que en México todo el sistema de seguridad social es manejado por las AFORE, de tal manera que las pensiones son pagadas con ese capital, teniendo en cuenta para este caso, la precisión hecha acerca de las personas que empezaron a cotizar antes del 1 de julio de 1997.

Se establece también en México una pensión de orfandad, la cual se asemeja a la pensión de sobrevivientes que existe en Colombia, con la diferencia de que el nombre de la pensión depende del beneficiario de la misma (orfandad, viudez, ascendientes) y como protección a la discapacidad, solo están contemplados los hijos y no los hermanos.

Conclusiones.

Después del análisis realizado con cada una de las pensiones existentes en el ordenamiento jurídico colombiano como protección a las personas en situación de discapacidad y de haberlas comparado con las que existen en otros países de América Latina, puede concluirse que las prestaciones de Colombia tienen una cobertura más amplia y que sus requisitos hacen que las prestaciones existentes, realmente sean accesibles por los destinatarios de esa protección especial, lo cual no se evidencia en otros países, donde los requisitos son tan exigentes, que difícilmente las personas pueden acceder a las pensiones allí consagradas, así que por esta parte puede decirse que Colombia tiene esta ventaja.

A pesar de que Colombia cuente con cierta ventaja frente a otros países y si bien se evidencia que tanto el legislador colombiano como el Gobierno Nacional, se han preocupado por establecer normas específicas para las personas con discapacidad, la protección que existe no sólo no es suficiente, sino que además en la mayoría de los casos,

no es eficaz en la consecución de los objetivos propuestos y no cumple con los mínimos establecidos por organismos internacionales, vinculantes para Colombia.

Un caso que evidencia la afirmación anterior, es la pensión especial de vejez por deficiencias, ya que primero, la ley no es clara en cuanto al porcentaje que se requiere para ser beneficiarios de esa pensión o que fue lo que quiso decir el legislador con la palabra “deficiencia”, segundo, el caso sólo ha sido estudiado una vez por la Corte Constitucional y fue en sede de tutela, por lo que sí bien de alguna manera aclaró el panorama con la interpretación que hizo de la norma, este fallo tiene efectos inter partes, por lo que no es posible asegurar que vaya a ser una teoría acogida por los demás jueces, especialmente por la Corte Suprema de Justicia, quien además nunca se ha pronunciado acerca de este tema y finalmente, para aumentar aún más el déficit que existe en la regulación de esta pensión, Colpensiones en la Circular Interna No. 1, mediante la cual describe los requisitos y procedimientos para acceder a cada una de las prestaciones a su cargo, no se refiere por ninguna parte a esta pensión, lo cual demuestra que a pesar de estar consagrada en la ley, no se está aplicando.

Otro de los problemas que existen en esta materia, es el desconocimiento por parte de los beneficiarios de estas normas, quienes en muchas ocasiones son de escasos recursos y no conocen los derechos que les asisten o peor aún, conociéndolos, no pueden acceder a ellos, pues debido al gran número de reformas y a lo complejo que es el sistema de seguridad social en Colombia, las personas requieren de un abogado para realizar el proceso de solicitud de cualquier prestación y en vista de que no tienen los recursos económicos necesarios, no pueden efectivamente acceder a los beneficios especiales consagrados para ellos en la ley, esto principalmente en el caso de las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Finalmente, una crítica que debe hacerse al sistema de seguridad social en pensiones en Colombia, en cuanto a la protección a las personas con discapacidad, es que el legislador se ha quedado corto con las diferencias en cuanto a requisitos que estipula entre estas pensiones especiales y las pensiones ordinarias, desconociendo así la gran dificultad que tienen estas personas para acceder a un empleo y por consiguiente para cotizar al sistema, ya que en casi todos los casos, las semanas que se exigen no son muy diferentes a las que se les exigen a los demás, como es el caso de la pensión anticipada de vejez para padre o madre cabeza de familia con un hijo con discapacidad, caso en el cual se exigen las mismas semanas que en la pensión ordinaria y la única diferencia es que no se exige una edad mínima, ¿pero realmente puede una persona completar las 1.300 semanas de cotización (que se van a requerir para el año 2015), antes de cumplir la edad mínima de pensión?, ¿es realmente un criterio de especial protección exigir a las personas con deficiencia las mismas semanas que hasta hace poco se exigían para la pensión ordinaria de vejez?

Son preguntas que nos llevan a pensar que aunque existe una intención, falta que las leyes sean realmente diferenciadoras y que causen un mayor impacto que efectivamente signifiquen una protección especial para las personas en situación de discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA.

- DANE. *Censo General*, 2005. Recuperado de:
<http://www.dane.gov.co/index.php/poblacion-y-demografia/censos>
- Colpensiones. *Circular Externa No. 1*. Bogotá, Colombia. Recuperado de:
<http://www.colpensiones.gov.co>
- Colpensiones. *Circular Interna No. 1*. Bogotá, Colombia. Recuperado de:
<http://www.colpensiones.gov.co>
- Congreso de República de Colombia. (26 de 12 de 1946). Ley 90.
- Congreso de República de Colombia. (23 de 12 de 1993). Ley 100.
- Congreso de República de Colombia. (17 de 12 de 2002). Ley 776.
- Congreso de República de Colombia. (29 de 01 de 2003). Ley 797.
- Congreso de República de Colombia. (26 de 12 de 2003). Ley 860.
- Congreso de República de Colombia. (11 de 07 de 2012). Ley 1562.
- Congreso de República de Colombia. (27 de 02 de 2013). Ley Estatutaria 1618.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (21 de 12 de 1995). Ley del Seguro Social.
- Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (10 de 06 de 2005). Ley General de las Personas con Discapacidad.
- Congreso Nacional de Argentina (23 de 05 de 1973). Ley 20.475
- Congreso Nacional de Argentina (16 de 03 de 1981). Ley 22.431
- Congreso Nacional de Chile. (03 de 02 de 2010). Ley 20.422
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C- 1056 (2003)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-227 (2004)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C- 858 (2006)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-989 (2006)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-1155 (2008)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-428 (2009)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C- 556 (2009)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU 132 (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T- 356 (1995)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T- 043 (2007)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-050 (2007)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T – 389 (2009)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-662 (2011)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 24.280 (2005)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 24.812 (2006)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 32.642 (2008)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 32.765 (2008)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 36.345 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 42.423 (2012)

Junta de Gobierno de la República de Chile (04 de 11 de 1980). Decreto Ley 3.500.

OIT. *Convenio C 128. Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes*. Ginebra. Recuperado de: <http://www.ilo.org>

OIT. *Convenio C 159. Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes*. Ginebra. Recuperado de: <http://www.ilo.org>

Organización Mundial de la Salud. *Discapacidad y Rehabilitación*, 2013. Recuperado de: <http://www.who.int>

Pizzorusso, Alessandro. (1987). *Curso de Derecho Comparado*. Barcelona: Ariel S.A.

Presidente de la República Boliviana de Venezuela. (31 de 07 de 2008). Decreto 6266.

Presidente de la República de Colombia. (19 de 12 de 1966) Decreto 3041.

Presidente de la República de Colombia. (11 de 04 de 1990) Decreto 758

Presidente de la República de Colombia. (22 de 06 de 1994) Decreto Ley 1295.

Presidente de la República de Colombia. (08 de 05 de 1996) Decreto 832.

Presidente de la República de Colombia. (28 de 05 de 1999) Decreto 917.

Presidente de la República de Colombia. (07 de 07 de 2009) Decreto 2566.

Presidente de la República de Colombia. (10 de 01 de 2012) Decreto Ley 019

Uprimny, R. (2004). Choque de trenes y tutela contra sentencias. *Un periódico. Universidad Nacional*, 55. Recuperado de: <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/ediciones/55/03.htm>



Algunos aspectos del principio de solidaridad en la ley 1562 de 2012, ¿es posible el aseguramiento de los trabajadores informales al sistema de riesgos laborales en Colombia?¹

Andrés Avelino Alzate Villa

Abogado y Especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia. Empleado Judicial.

¹ Artículo elaborado para optar el título de Especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

A manera de síntesis, con este estudio se pretende mostrar en principio el concepto solidaridad, sus clases y formas, especialmente para el tema del aseguramiento en riesgos laborales, dado el giro importante que ha tomado, en relación a la realidad imperante dentro del mercado laboral, en donde en principio se resolvió integrar la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes contratistas, en primacía de la realidad sobre las formas; pero voluntaria para los demás trabajadores independientes no contratistas, abriendo así una compuerta para que se puedan incorporar al sistema una serie de ciudadanos que se encontraban excluidos, pero al mismo tiempo no creando las condiciones propicias para establecer un fondo que subsidie en parte las cotizaciones de los trabajadores informales, en aras a desarrollar el principio de solidaridad, que se ha definido como la mutua ayuda entre los ciudadanos.

En efecto la nueva normatividad (Ley 1562 de 2012), entró a regular ese fenómeno, para lo cual se analizará su campo de aplicación, en relación a la Ley 100 de 1993, como primera gestora del aseguramiento en riesgos laborales, y las posibles experiencias valiosas del principio de solidaridad y sus implicaciones en el derecho comparado. Y finalmente los aspectos de la sostenibilidad financiera del sistema, en lo concerniente a la Superintendencia Financiera y Nacional de Salud, así como el Fondo de Riesgos Laborales y Entidades Administradoras.

Palabras clave: Ley 1562 de 2012; principio de solidaridad; Sistema General de Riesgos Laborales y trabajadores independientes.

Algunos aspectos del principio de solidaridad en la ley 1562 de 2012, ¿es posible el aseguramiento de los trabajadores informales al sistema de riesgos laborales en Colombia?

Introducción.

Desde principios de la última década y a causa principalmente de los fenómenos de tecnificación, desarrollo y construcción, el gobierno nacional ha tenido que preocuparse por la protección de las grandes masas de trabajadores dependientes como independientes en relación a como se encuentran a la hora de afrontar de forma individual las contingencias de invalidez y muerte.

Esto se ve plasmado en el Estado moderno que despliega su ámbito de validez territorial, en ejercicio de su poder soberano sobre sus miembros, en donde hay un legislador que produce normas. Puesto que la democracia y su avance social vienen temporalmente unidos, dando lugar al Estado Social y democrático de derecho social, ya que recoge la segunda generación de derechos reguladores del actuar humano en cuanto factor de producción, en su vertiente laboral; porque las transformaciones institucionales que se producen van a permitir finalmente que el pueblo, sea sujeto activo de las decisiones políticas que se catalogarán como derechos fundamentales.

Así se entiende desde un punto de vista integrador de la evolución política sufrida por la organización estatal, donde confluyen una serie de transformaciones políticas tales como la solidaridad, principio que es la esencia de la seguridad social, y que se va imponiendo paulatinamente, produciéndose así un mayor acercamiento de amplios sectores de la sociedad al Sistema de Seguridad Social Integral.

Las opciones ciudadanas son articuladas a través de grupos intermedios tanto políticos como sindicales que, a pesar de las vicisitudes cotidianas en el sentido de que buscan el interés general, van a vertebrar las reivindicaciones populares, y consiguen que el Estado adquiera un mayor protagonismo en la sociedad, convirtiéndose así en un Estado intervencionista.

“Se puede observar el paso del Estado liberal hacia el sistema democrático, el carácter social se observa, sobre todo, en la constitucionalización de los denominados derechos sociales o de segunda generación, constitucionalización que se produce ya en las constituciones de Weimar²”; pero el Estado Social no solo se basa en el establecimiento vinculante de una serie de derechos sociales, sino que apuesta por un intervencionismo estatal en materia económica, disolviendo igualmente el enfrentamiento liberal entre Estado y sociedad civil, actuando como redistribución, que se acerca al modelo democrático de la Constitución de 1991, y demás relacionado con el derecho fundamental a la seguridad social, consagrado así por la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

².MERINO MERCHÁN, José Fernando, PÉREZ UGENA, Coromina María y VERA SANTOS, José Manuel. Lecciones de derecho constitucional. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. Pág. 45.

Ello consagrado en el Sistema General de Riesgos Laborales, en donde se cubren las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad laboral, en donde la afiliación es obligatoria para los empleados por parte de las empresas y voluntaria en principio para los trabajadores independientes no contratistas, adoptando esta estipulación a la Ley 1562 de 2012.

Es por ello, que se pretende indagar si se ha desarrollado el principio de solidaridad en el sistema de riesgos laborales en Colombia, en sus enfoques institucional y económico, partiendo de la Ley 1562 de 2012, modificación del antiguo Sistema General de Riesgos Profesionales, haciendo una semblanza en que se incluyó a los trabajadores independientes contratistas que históricamente estuvieron excluidos del sistema, a fin de que se conviertan en afiliados obligatorios, en desarrollo del principio de realidad sobre las formas; no así a los trabajadores independientes no contratistas. Y más aún cuando seis meses después de la vigencia de la norma, no se ha establecido la reglamentación referida a la afiliación de los independientes.

Desde el Ministerio de Trabajo, el Ministro Rafael Pardo Rueda, manifestó en Barrancabermeja la importancia y los alcances de la nueva ley. *"Es una política que esperamos que llegue a 1 millón 500 mil más de trabajadores, que son independientes, tienen contratos de prestación de servicios y que ahora van a poder hacer parte del sistema de riesgos laborales. También estamos en vísperas de anunciar una política de protección para la vejez, para aquellos colombianos informales o formales que no están en el sistema pensional"*³, resaltó Pardo Rueda.

*"En Cifras en Colombia existen 20 observatorios de mercado laboral, uno de ellos en Barrancabermeja. Colombia tiene un comportamiento en salud del 96%"*⁴.

*"En pensiones y riesgos laborales esas coberturas no llegan al 30%; en Colombia hay 8.3 millones de afiliados a riesgos laborales, el 98% de ellos trabajadores dependientes"*⁵.

Así las cosas, luego de estas aseveraciones iniciales es de significar, que el objetivo del presente escrito es mostrar algunos asuntos puntuales sobre la solidaridad, para luego, tratar de incursionar esta figura en el sistema general de riesgos laborales.

Por eso se mostrará, en primer lugar, la denominación del principio de solidaridad, sus clases y formas, que lo hacen distinguir, especialmente para este tema, para ello se buscó en primera medida en los textos de derecho de la seguridad social para su conceptualización, así como enciclopedias especializadas. Y en segundo lugar se abordará el principio de

³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ministerio del Trabajo. "Con la nueva Ley de Riesgos Laborales habrá más salud y protección para los trabajadores Colombianos", Min Trabajo. [En línea]. Bogotá: Ministerio del Trabajo, 2012. <Disponible en: <http://mintrabajo.gov.co/septiembre-2012/1006-qcon-la-nueva-ley-de-riesgos-laborales-habra-mas-salud-y-proteccion-para-los-trabajadores-colombianosq-mintrabajo.html>. <Consulta 12 de septiembre de 2012>.

⁴ Ibíd.

⁵ Ibíd.

solidaridad desde sus generalidades y su posible campo de aplicación desde la Ley 100 de 1993 y el derecho comparado. Por último para ahondar en su inserción en el sistema de riesgos laborales y sus implicaciones en relación a las entidades que vigilan y controlan el sistema.

La solidaridad.

El concepto de solidaridad.

Como lo dice Miranda Talero⁶, es un derecho inherente a la persona, por el solo hecho de su pertenencia a un conglomerado social consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Así mismo lo define la Ley 100 de 1993, como la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, sectores económicos, las regiones y las comunidades, garantizada por la participación del Estado cuyos recursos se aplicaran siempre a los grupos de población más vulnerables.

Es además es una sensación que impregna a sus congéneres a prestarse mutua ayuda, que expresa la idea de que todos los hombres y mujeres forman un todo, dependiendo recíprocamente, en donde sus propias fuerzas los mueven y los impelen a juntar las propias o las ajenas; esto vislumbrado en las agremiaciones, sindicatos, asociaciones obreras o patronales, no son sino la clara revelación de la solidaridad, que en el fondo, la existencia misma del Estado tiene su origen en este imperativo de solidaridad.

Que es un fenómeno que históricamente ha sido de gran relevancia para la conformación de las comunidades primigenias y con mayor auge, de los grandes Estados. No es gratuito, que cuando un conglomerado de personas se aglutina en determinado territorio y, establecen lazos de comunicación y colaboración mutua, van formando, de una u otra forma, lazos parentales, que los obligan a ayudarse para poder sobrellevar las contingencias, físicas, sociales y económicas, que se presentan a lo largo de la convivencia.

Se parte, sobre el entendido que la solidaridad, obra dentro de la seguridad social como un principio fundante de la misma, y, por eso, debe ser *"un esfuerzo de la comunidad en su propio beneficio, por el cual todos deben contribuir según sus capacidades. Mediante su aplicación, el estado moderno puede planificar su política económica haciendo una justa redistribución del ingreso nacional"*⁷.

Sus características.

Una es, que este principio está basado en la propia ayuda proveniente de las cotizaciones al sistema de seguridad social, a través de garantías de pensión mínima, y aportes al fondo de

⁶ MIRANDA TALERO, Alfonso. El derecho a la seguridad social. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1995. P. 24.

⁷ Ibíd. P. 38.

solidaridad, que propende por la redistribución de la riqueza, socialización y colectivización.

También desde la historia misma de la humanidad puede catalogarse, que es la fuerza que destaca la evolución y perfeccionamiento de la humanidad, de donde sale la conciencia social.

Además, tiene la particularidad de ser redistribuidor de todos los bienes para uso de todos los hombres y pueblos, de forma que lleguen a todos.

Al igual que como lo dice Miranda Talero⁸, es una particularidad de la humanidad que lleva un nuevo ideal de la dignificación de las personas, por el trabajo y la fraternidad universal, ideal que cobra cada vez mayor fuerza en la conciencia contemporánea.

Se caracteriza también, porque dentro de la seguridad social, es un derecho inherente a la persona que se debe propiciar por parte del Estado y demás instituciones, la cobertura universal y equitativa para todos sus asociados, lo que a la luz de la experiencia se ha logrado establecer que es difícil de lograr, precisamente por la distribución poco ecuánime del capital. Siendo ello así, se deben propiciar estrategias legales para lograr que aquellos que poseen un patrimonio mayor, cubran en parte las necesidades de los menos favorecidos económicamente.

Es tal la relevancia del principio de Solidaridad, dentro del Sistema General de Seguridad Social Integral que, nuestra máxima Corporación en materia Constitucional se ha pronunciado, en los siguientes términos:

La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No se concibe el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario; y la manifestación más integral y completa del principio constitucional de solidaridad es la seguridad social. La seguridad social es, en la acertada definición del preámbulo de la Ley 100 de 1993, el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la persona “y la comunidad”, para que, en cumplimiento de los planes y programas que el Estado y “la sociedad” desarrollen, se pueda proporcionar la “cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica”, con el fin de lograr el bienestar individual y “la integración de la comunidad”: La seguridad social como esfuerzo mancomunado y colectivo, como propósito común en el que la protección de las contingencias individuales se logra de mejor manera con el aporte y la participación de todos los miembros de la comunidad. En un sistema de seguridad social, aquellos siniestros que generan un riesgo que amenaza el mínimo vital (la falta de ingresos en la vejez o en la invalidez, el súbito desempleo, la ausencia imprevista de un generador de ingresos en el hogar, una enfermedad catastrófica no anticipada), y que no pueden ser cubiertos o atenuados a través de un simple esfuerzo individual o familiar, se atienden o cubren por la vía de la suma de muchos esfuerzos individuales, esto es, de un esfuerzo colectivo. Por supuesto que el principio solidario no es absoluto, y su aplicación debe matizarse con la de otros principios y valores,

⁸ *Ibíd.* P. 39.

como el de sostenibilidad, el de eficiencia y el de garantía de los derechos fundamentales. De lo contrario, el sistema de seguridad social sería inoperante e inviable. Pero no cabe duda que la seguridad social sólo existe como desarrollo del principio solidario, sólo es posible gracias a él, y está concebido para hacerlo realidad⁹.

De igual forma en Sentencia C-1187 de 2000 expuso:

...el derecho a la seguridad social descansa en los principios constitucionales de solidaridad y efectividad de los derechos fundamentales, por lo tanto, el primer principio irradia todo el ordenamiento jurídico y se manifiesta en numerosas instituciones y valores constitucionales. El principio de solidaridad, ha dicho esta Corporación múltiples veces, permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de prestaciones adicionales por parte de las entidades que han cumplido con todas sus obligaciones prestacionales, conforme a lo establecido en las leyes. El principio aludido también impone un compromiso sustancial del Estado en cualquiera de sus niveles (Nación, departamento, municipio), así como de los empleadores públicos y privados en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus familias¹⁰.

Formas.

Como lo dice Miranda Talero¹¹, se aborda estas distinciones desde el punto de vista de la tesis de que la solidaridad como una institución encuentra sus fines económicos y sociales desde la redistribución de la riqueza, y para este caso son:

En primer lugar se habla de la solidaridad cristiana que empapa a la seguridad social y que se encuentra al servicio de la solidaridad humana en cuanto la humanidad cada vez está siendo forzada a ser más solidaria, de acuerdo con los lineamientos del Concilio Vaticano II, especialmente de la constitución pastoral de la iglesia en el mundo, que es fruto de la predicación evangélica y como mandamiento acorde con la evolución y apertura del hombre actual, de familia, de la sociedad y de la nación en las que se convierte en el principal motivo, en la razón de ser y en la filosofía de la seguridad social, y no solamente como una realidad de derecho sino como una realidad de hecho deseada por todos los hombres.

En segundo lugar se encuentra la solidaridad social que habla de que el hombre natural no es un ser aislado y libre, sino que está ligado desde el nacimiento con los lazos de la solidaridad social al refutar las tesis individualistas, en donde el hombre tiene conciencia clara de su sociabilidad, de la interdependencia nace el derecho. En donde la concertación, es un concepto que aboga en la actualidad, que no es sino la aplicación del principio de la solidaridad en las relaciones entre el gobierno y los distintos sectores particulares organizados.

⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-529 DE 2012. Bogotá, 2010.

¹⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1187 de 2000. Bogotá, 2000.

¹¹ MIRANDA TALERO, Alfonso. El derecho a la seguridad social. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1995. P. 40.

Y por último, se tiene que la solidaridad como atributo de la seguridad social, se confunde con la beneficencia, en la concepción antigua de la Constitución de 1886, obligación esta, regulada por leyes del Estado y cuya diferencia con la nueva visión traída por la Carta de 1991, que se convierte este principio en la piedra filosofal del Sistema General de Seguridad Social Integral.

Generalidades y su campo de aplicación.

El principio de solidaridad en el sistema de riesgos laborales, según la ley 100 de 1993.

No obstante el principio de solidaridad, ha sido irrelevante en materia de riesgos laborales, esto debido a que los trabajadores independientes, en principio se les permitió cotizar al sistema de forma voluntaria como los contratistas, pero no así a los demás trabajadores informales, los cuales no ostentaban ninguna clase de vínculo laboral; en la génesis de la normatividad del ramo, la Ley 100 de 1993, se erigió como el precedente más importante en la regulación de este tipo de casos, al dedicar un capítulo solo al Sistema de Riesgos Profesionales, y su posterior reglamentación a través del Decreto Ley 1295 de 1994 y Ley 776 de 2002; pero este esfuerzo no fue suficiente para reglamentar una situación existente como la de los trabajadores informales. Solamente hasta la entrada en vigencia del Decreto 2800 de 2003, se encargó de este tipo de población trabajadora que estaba totalmente ignorada, al permitir que una subclase de esos trabajadores como lo son los contratistas pudieran cotizar de forma voluntaria al sistema; quedo esto totalmente zanjado a la luz de la nueva normatividad que se formalizo del todo el fenómeno de los contratistas, pero no así al otro segmento de trabajadores informales que no tienen una renta básica para costear sus contingencias derivadas del accidente de trabajo y la enfermedad laboral. Lo que se debería es propender por crear mecanismos que permitan en desarrollo del principio de solidaridad institucional subsidiar en parte las cotizaciones de este tipo población desprotegida.

Dicho lo anterior, y dado que los trabajadores independientes, de conformidad con la reglamentación expedida por el Gobierno, como la Ley 1562 de 2012, se quedó corta, al solo desarrollar una realidad existente como la de los trabajadores independientes contratistas, pero dejándola precaria con respecto a los demás trabajadores no contratistas; que solamente se verán insertos en el sistema, si se les dan las condiciones, para que puedan estar en los tres sistemas de pensiones, salud y riesgos laborales. De lo contrario se quedará, en solo buenas intenciones, la normatividad antes mencionada, al igual que la posible atracción de las aseguradoras del riesgo para afiliarse a más población del sector informal, sin que medie para ello una política pública del Estado frente a este sector de la población trabajadora independiente no contratista.

En cuanto tiene que ver con los trabajadores independientes, a las voces de la Ley 1562 de 11 de julio de 2012 y para los efectos de su afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales, se considera como trabajador independiente contratista a toda persona natural que realice una actividad económica o preste sus servicios de manera personal y por su cuenta y riesgo mediante contratos de carácter civil, comercial o administrativo, distintos al laboral, el cual ya paso hacer afiliado al sistema en cuestión, a raíz de la nueva normatividad reinante.

La afiliación de estos trabajadores al sistema se hará a través de la ARL del contratante, en las mismas condiciones y términos establecidos en el Decreto 1295 de 1994 para determinar su cotización se tendrá en cuenta la clase de riesgo de su centro de trabajo, en el lugar objeto de contrato de prestación de servicio y el propio de la labor ejecutada por el contratista, debiéndose seleccionar entre estos y el mayor riesgo. El ingreso base de cotización estará constituido por los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado y el monto de las cotizaciones no podrá ser inferior al 0.348% ni superior al 8.7%, es decir, igual que lo establecido para los trabajadores dependientes, pero haciendo la salvedad que el de los contratistas es del 40% del valor mensualizado del contrato.¹²

En el mismo porcentaje del monto de las cotizaciones, ella estará a cargo del contratante previo descuento del valor de los honorarios pactados por el contratado, y que el primero no traslade oportunamente los aportes descontados al trabajador independiente, se hará acreedor a la sanción moratoria del artículo 92 del Decreto Ley 1295 de 1994.

Para su afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales, el trabajador independiente debe determinar de manera autónoma su propio horario de trabajo, de acuerdo a la naturaleza de la actividad o las obligaciones contractuales pactadas, pues, según lo planteado en su texto el tratadista Carlos Luis Ayala Cáceres. *“Si el contratante impone horario y ejerce control sobre el mismo, se establece un horario de trabajo con efectos laborales”*¹³. Los trabajadores independientes afiliados al sistema General de Riesgos Laborales tendrán derecho a las prestaciones asistenciales y económicas establecidas en el Decreto Ley 1295 de 1994, la Ley 776 de 2002 y demás normatividad asignada por la nueva Ley 1562 de 2012.

De acuerdo a esto, los trabajadores informales, se encuentran en una situación más débil que los contratistas, en relación a los accidentes transitorios y también a la de aquellos trabajadores que celebren contratos de trabajo inferiores a un mes, pero en aquellas actividades propias del empleador, lo que es lo mismo, que sean contratados para desarrollar el objeto social de la empresa. En este caso ninguna duda cabe que la obligación de afiliación de tales trabajadores no solo es al sistema de Riesgos Laborales sino a salud y pensiones desde el momento mismo de la vinculación laboral, puesto que conforman un Sistema Integral; ahora bien, vale la pena indicar que con relación a este sector de trabajadores independientes no contratistas se hace muy complejo identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucede el acontecimiento del accidente o enfermedad laboral, porque no se puede vislumbrar, si es de tipo común o profesional, lo que hace infructuoso que las ARL, se acerquen a afiliarse al sector informal de la población trabajadora.

¹² En cuanto al pago de la cotización, al tenor de la Ley 1562 de 2012 Artículo 6°. *“Es el monto de las cotizaciones. El monto de las cotizaciones para el caso de los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo o como servidores públicos no podrá ser inferior al 0.348%, ni superior al 8.7%, del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los trabajadores y su pago estará a cargo del respectivo empleador.”*

¹³ AYALA CÁCERES, Luís Carlos. Legislación en salud ocupacional y riesgos profesionales, citado por CORTÉS HERNÁNDEZ, Óscar Iván. Derecho de la seguridad social. 3ª ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2007. P. 311.

Con referencia a los trabajadores transitorios, como lo dice Cortés Hernández¹⁴, se destaca también que ante el tipo de contratación y teniendo como premisa la debida protección que debe garantizarse al trabajador según lo predica la cultura de la seguridad social, lo lógico será que el contratante se asegure de que al momento de vincular al trabajador, este si encuentre afiliado al Sistema de Seguridad Social como independiente.

De acuerdo a los aspectos que establece la nueva ley, en cuanto a la obligación de afiliación voluntaria al Sistema General de Riesgos Laborales, se argumentó que al definir solo la afiliación de los trabajadores independientes no contratistas, se dejó claro, que no les interesaba reglamentar la forma de captar los recursos que se necesitaban para implementar dichas afiliaciones, corresponde exclusivamente al trabajador si se vulnero el derecho a la igualdad y el art. 48 de la Constitución Política, entrar a reflexionar sobre tal asunto; al igual que al desarrollo del principio de solidaridad como base fundamental del Sistema de Seguridad Social Integral, al no subsidiar los propios recursos del fondo de riesgos laborales, la cobertura a los tres sistemas, dejándolo solo en pañitos de agua tibia, la cobertura al sistema en mención, que es lo que propenden estas leyes de tipo social.

El sistema de riesgos, según la ley 1562 de 2012.

Se pretendió como finalidad esencial de la nueva ley, garantizar efectivamente la seguridad social en riesgos laborales al sector de los trabajadores independientes contratistas, quienes históricamente estuvieron excluidos del sistema. En tal sentido, es necesario acotar que los contratistas también son trabajadores aunque no empleados y como tales, son personas que viven de su actividad física y mental, a los que la precarización de las relaciones de trabajo los tuvo por fuera de tal aseguramiento.

Lo anterior implica que, las entidades del Sistema General de Seguridad Social queden exentas de la responsabilidad como consecuencia de la evasión que se generaría entre los empleadores contratantes, que abusando de esta modalidad jurídica de vinculación de mano de obra, se abstienen de celebrar un contrato con el fin de evitar el pago de prestaciones sociales, específicamente para este caso, la cotización por concepto de riesgos laborales.

De igual manera se pretendió que el trabajador dependiente o independiente, en el marco de una relación jurídica de carácter laboral o de una relación civil o comercial, pudiera ser cubierto por el sistema de riesgos laborales.

Igualmente ampliar la cobertura en materia de Seguridad Social en Riesgos Laborales a los Educadores del país afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En cuanto a las exclusiones de la cobertura tratándose de accidentes de trabajo los artículos 9º, 10 y 13 del Decreto 1295 de 1994 que fueron retiradas del ordenamiento por medio de Sentencia C-858 de 2006 de la Corte Constitucional, establecían la definición de accidente de trabajo, sus excepciones y el campo de afiliados.

¹⁴ *Ibíd.* P. 316.

Estas normas contemplaban dos situaciones que merecen comentarios separados: en primer lugar la norma exceptuaba de la protección al trabajador que resultaba afectado por motivo de accidentes ocurridos durante la ejecución de actividades diferentes para las cuales había sido contratado y en segundo lugar se excluía del campo de protección, los accidentes ocurridos durante el desarrollo de labores recreativas, deportivas o culturales, incluidas las previstas en el artículo 21 de la Ley 50 de 1990.

Por lo tanto la presente Ley, viene a reivindicar los derechos constitucionales y legales de los trabajadores, de acuerdo a las relaciones laborales, como son los efectos que produce la capacidad que la ley le otorga al empleador de imponer nuevas funciones al trabajador y cambiar las condiciones del contrato de trabajo. Frente a la primera de las excepciones anteriormente enunciadas, al no ser considerado como accidente de trabajo el ocurrido durante la ejecución de labores diferentes de aquellas para las cuales el trabajador fue contratado, existe una flagrante afectación de los principios de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas y la garantía de la seguridad social contemplados en el artículo 53 constitucional.

También viene a cambiar los paradigmas de la aplicación del concepto de accidente de trabajo como lo hacía la normatividad del Decreto 1295 de 1994, que desconocía la dinámica real de las relaciones laborales, en las que al trabajador cada vez con mayor frecuencia se le exige que sea polivalente y multifuncional, lo cual implica que asuma tareas diferentes de aquellas para las cuales fue vinculado. Desde la perspectiva constitucional, tal restricción fomentaba la violación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, ya que a la ARL o al empleador demandado en un proceso laboral les bastaría con demostrar que el accidente ocurrió en el desarrollo de actividades diferentes a las señaladas taxativamente en el contrato o en el manual de funciones para ser absueltos dentro del proceso, teniendo el trabajador que demostrar que más allá de las formas que constituyen el contrato o el manual el trabajador sí se encontraba realizando labores exigidas por el empleador, las cuales muchas veces tienen origen en una orden verbal, imposible de demostrar dentro de un proceso.

En virtud de ello, es al principio protector de la realidad sobre las formas, el que le corresponde demostrar (más allá de la forma) que el trabajador se encontraba realizando actividades completamente ajenas a sus funciones, especialmente porque lo general del contrato de trabajo o el manual de funciones son documentos que se elaboran al inicio de la relación laboral incluso antes cuando se acude a los formatos escritos los cuales pierden su carácter real durante la ejecución de las labores por la aparición de nuevas necesidades en el terreno. Es decir, una cosa son las obligaciones que se pactan en el contrato, y otra muy distinta las que van apareciendo conforme se va desarrollando el mismo, obligaciones que si bien no aparecen en el contrato, el trabajador tiene que realizarlas en virtud de la facultad del empleador de variar las condiciones del contrato y del artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo.

De la misma manera, hay que indicar que la Ley 1562 de 11 de julio de 2012, modificó de manera sistemática el sistema de riesgos laborales en lo relativo a la afiliación, en lo siguiente¹⁵:

Entonces, no hubo un desarrollo significativo del principio de solidaridad dentro la nueva normatividad, no se sabe, si por culpa de las restricciones establecidas en el artículo 278 de la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con el carácter de los subsidios, que indica que no tendrán el carácter de donación o auxilio, para los efectos del artículo 355 de la Constitución Política; pero por el contrario se debe aunar esfuerzos para crear un fondo de solidaridad parecido, al que establece el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, en el que los aportes que se recogen del sistema, en aras de las cotizaciones máximas en riesgos laborales, por parte de los empleadores, así como de multas por mora en el caso de sanciones impuestas a los empleadores y trabajadores independientes contratistas, al igual que con aportes del gobierno nacional, rendimientos financieros de las aseguradoras que excedan sus utilidades y donaciones o recursos que reciba; implementar este tipo de mecanismos.

Tal y como se ha dicho, a cualquier título y los aportes que puedan hacer las agremiaciones o federaciones destinadas a contribuir al pago de los riesgos laborales y salud de los trabajadores afiliados a ellas. Con el objeto de que sean asimilados para el caso de salud y riesgos, como lo establece la ley, con el objeto de que los grandes sectores de trabajadores urbanos y rurales que por sus bajos ingresos no puedan pagar su aporte al sistema de riesgos, y consigan tener en ese fondo un auxilio temporal y parcial que se encargará de pagar por ellos la suma que ellos no pueden asumir, en desarrollo del principio de solidaridad.

En efecto, el sentir de este tipo de normatividad es crear mejores condiciones de vida para los administrados y que haya un verdadero aseguramiento de la población trabajadora

¹⁵ Artículo 2°. *Modifíquese el artículo 13 del Decreto-ley 1295 de 1994, el cual*

Quedará así:

Artículo 13. Afiliados. Son afiliados a

l Sistema General de Riesgos Laborales:

b) En forma voluntaria:

Los trabajadores independientes y los informales, diferentes de los establecidos en el literal a) del presente artículo, podrán cotizar al Sistema de Riesgos laborales siempre y cuando coticen también al régimen contributivo en salud y de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo en la que se establecerá el valor de la cotización según el tipo de riesgo laboral al que está expuesta esta población.

Parágrafo 10. En la reglamentación que se expida para la vinculación de estos trabajadores se adoptarán todas las obligaciones del Sistema de Riesgos laborales que les sean aplicables y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación.

Parágrafo 2°. En la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y la Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo en relación con las personas a que se refiere el literal b) del presente artículo, podrá indicar que las mismas pueden afiliarse al régimen de seguridad social por intermedio de agremiaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, por profesión, oficio o actividad, bajo la vigilancia y control del Ministerio de la Salud y Protección Social.

independiente, de las contingencias que se deriven de su actividad laboral o productiva, dejando de lado los factores de riesgo que se puedan presentar, para ello es importante resaltar que un subsidio busca ayudar a los que menos ingreso tienen, pero también es estimular a que el trabajador en la medida de sus posibilidades participe de este esfuerzo, como dice Plazas G.¹⁶, la idea es ayudar a la persona que lo necesite, pero no se trata de inducirlo a evitar el esfuerzo y el trabajo que debe desarrollar todo trabajador; este tipo de subsidio es individual en principio, pero en casos especiales se puede brindar por crisis a un sector específico de la economía.

El aseguramiento en el derecho comparado.

El fenómeno de la globalización de los mercados, ha traído consigo la idea de modernizar las legislaciones de los países en materia de seguridad social. Dentro de ello, el tema de la seguridad laboral, de una u otra manera, ha estado presente en varios de los países latinoamericanos. Algunos de ellos han promulgado sus nuevas iniciativas, modificando, actualizando o reformulando las disposiciones que constituyen el Marco legal para el aseguramiento. Pero estas están orientadas desde el punto de vista de la seguridad social, para garantizar a las personas las atenciones médicas y las compensaciones económicas a los trabajadores lesionados y, en algún grado, a promover también la prevención.

Como lo dice Chávez Donoso¹⁷, Chile se ha vuelto un paradigma observado por los países latinoamericanos, de la experiencia chilena de las mutualidades de empleados, como organismos Administradores de la Ley 16.744 sobre seguro social Obligatorio contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales; aunado a la experiencia de países como: España, Alemania y otros; también han estado presentes, ante los observadores latinoamericanos que participan en las propuestas legales en sus respectivos países.

Como lo dice Chávez Donoso¹⁸, dentro de esas experiencias esta por ejemplo, con que Argentina promulgó su Ley No. 24.557 sobre riesgos del trabajo que entró en vigencia el 1 de julio de 1996. Entre los objetivos, esta ley se planteó reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención; para reparar los daños derivados de los accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, incluyendo la rehabilitación del trabajador damnificado, promover la recalificación y la recolocación de los trabajadores damnificados y agrega un cuarto objetivo que señala: "*promover la negociación colectiva laboral para la mejora de las medidas de prevención y de las prestaciones reparatorias*"¹⁹. Por lo cual el tiempo dirá hasta donde es conveniente que estas materias sean llevadas a la mesa de negociaciones con los trabajadores, en vez de constituir una obligación legal pareja para todos. Esta misma ley

¹⁶ PLAZAS G. Germán. La nueva seguridad social (tomo I). 2 ed. Santafé Bogotá D.C.: Consultores de Colombia Ltda., 1994. págs. 230 y 231.

¹⁷ CHÁVEZ DONOSO, Samuel. Re-pensando la seguridad: como una ventaja competitiva. Santiago de Chile. Edición para Colombia. Seguros de Vida Colpatria S.A., 1997. pág. 23.

¹⁸ *Ibíd.* P. 24.

¹⁹ *Ibíd.* P. 25.

considera la creación y participación de las administradoras de Riesgos del trabajo y de la Superintendencia de riesgos del trabajo.

Como lo dice Chávez Donoso²⁰, una cuestión interesante que considera esta ley para Argentina es el llamado Plan de Mejoramiento de las condiciones de higiene y seguridad, el que quedará incorporado a los contratos que se suscriben entre las (ART) y los empleadores. En la medida que el sistema en su conjunto administre la normativa legal y el beneficio real que pueda obtener de esta medida, en su propósito.

Para lo cual Colombia ya había promulgado en el año 1993 la Ley 100, que organiza el sistema General de Seguridad Social Integral; sin embargo, fue a través del Decreto 1295 del 22 de junio de 1994, que organiza el tercero y último de los sistemas generales, denominado "*Sistema General de Riesgos del Trabajo*"²¹.

Destinado a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan. Los cuatro objetivos de este sistema tienen que ver con el establecimiento de las actividades de promoción y prevención, con las prestaciones de atenciones de salud, con las prestaciones económicas y con las actividades tendientes a establecer el origen de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y del control de los riesgos respectivos.

Más recientemente fue promulgada la Ley 1562 de 2012, julio 11, que da cuenta de un nuevo aseguramiento ocupacional "*Sistema General de Riesgos Laborales*"²², que propende por un cubrimiento mayor de los trabajadores con cotizaciones voluntarias de sectores excluidos de la población, sin embargo el sistema se financia con cotizaciones variables que dependen no solo de la actividad económica del empleador, sino, que incrementando la actuación preventiva, considera también la mayor o menor accidentalidad y el desarrollo de programas de salud ocupacional; pero no así subsidiando a los trabajadores con menos ingresos, como los informales, también llamados en la academia puros, los cuales para atraer a las aseguradoras tendrían que estar afiliados, también a los otros dos sistemas de pensiones y salud, puesto que en aras al principio de unidad forman un todo, porque si falta un eslabón de la cadena se rompe.

Para la administración de este sistema en Colombia se crearon las llamadas Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), aunque las prestaciones médico-asistenciales son suministradas por las entidades promotoras de salud (EPS), a las que se encuentran afiliados el trabajador, y a través de las Instituciones prestadoras de Salud (IPS), establecidas por el Sistema General de Salud.

²⁰ *Ibíd.* P. 26.

²¹ Decreto 1295 de 1994. *Op. Cit.* P. 26.

²² REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de Colombia. Ley 1562 de 2012 (julio 11): Por el cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional. Bogotá: Congreso de Colombia. 2012. 10 P.

Como lo dice Chávez Donoso²³, por ejemplo, se dirá que en Chile se producen cada año alrededor de 650.000 accidentes con lesión que implican un alejamiento temporal del trabajador de sus empresas, algunas de ellas (no menos de 5000), resultan mutilados o con algún grado de incapacidad para siempre y cerca de 800 mueren en el acto de ganarse la vida, por lo que es claro que en Chile o cualquier otro lugar de Latinoamérica, aspire seriamente a integrarse al club de los primeros países desarrollados, no lo logrará en tanto no resuelva este problema, de los accidentes, por lo tanto, constituyen un gran freno al desarrollo de los países, a lo que debe propender a que se amplíen los principios fundamentales de la seguridad social, como el de solidaridad, a estas particulares leyes que tienden el espectro a cambios paulatinos del devenir histórico de la legislación en seguridad social.

Sostenibilidad financiera del sistema de riesgos laborales.

Superintendencia financiera y nacional de salud.

Es necesario mencionar que, la Superintendencia Financiera y Nacional de Salud, son entidades que manejan inmensos recursos del Sistema de Seguridad Social Integral, en donde las decisiones del Gobierno o, si se quiere, del régimen político, van a permear siempre un conjunto de problemas por resolver. Sin embargo, no siempre el Estado puede enfrentarlos a todos por múltiples razones: falta de recursos, tiempo, circunstancias, presiones, intereses, etc. El Estado enfrenta de manera prioritaria aquellos que socialmente obedecen a una mayor presión, o tienen una mayor incidencia, en este caso el tema del aseguramiento de los trabajadores independientes contratistas.

Teniendo en cuenta que la finalidad de control y vigilancia que están destinados a cumplir, estas Superintendencias reviste gran importancia para el buen funcionamiento del Sistema General de Riesgos Laborales, corresponde a la primera autorizar la organización y funcionamiento entre otras entidades de las Administradoras de Riesgos Laborales; puesto que contempla dos tipos de prestaciones: las asistenciales y las económicas, entonces a través de estas figuras se ejerce la vigilancia y control sobre la adecuada prestación de todos los servicios que corresponden a la segunda, al igual que garantizar la calidad y oportunidad de todos los servicios de salud que se deriven de las prestaciones asistenciales, donde se presume que toda persona debe vincularse de manera íntegra al mismo, es decir, que en la aplicación del principio de la no selección de los riesgos no será posible, salvo casos excepcionales que la persona escoja a cual o cuales de los regímenes que conforman el sistema que desea afiliarse, sino que siempre deberá hacerlo de manera integral a la ARL y a los servicios sociales complementarios, en este último caso conforme a la orientación y finalidad que persigue dicho sistema.

Así pues, frente a las situaciones consideradas socialmente como problemáticas, con la no cooperación de las entidades que conforman el sistema de riesgos laborales, concierne

²³ CHÁVEZ DONOSO. Op. Cit. P. 58.

en subsidiar en parte de las cotizaciones a los trabajadores independientes no contratistas, y por parte del mismo Estado en generar cobertura hacia los menos favorecidos, hace que con la nueva normatividad se genere una decisión de política pública, que por lo general involucra un conjunto de decisiones que se pueden dar de manera simultánea o secuencial en el tiempo; ya que estos trabajadores informales, que no se ven subsumidos por este tipo aseguradoras, hacen que se diluya la esperanza de una cobertura integral al sistema; al no haber un fondo que subsidie en forma de pilares dichas necesidades.

De igual forma, este tipo de figuras se refieren a un conjunto de entidades público-privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes, que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollen según Ley 100 de 1993, artículo 139 numeral 11.

Asimismo, el objeto de estas contingencias es la protección por parte del Sistema General de Riesgos Laborales, en relación a la enfermedad laboral y el accidente de trabajo, que se encuentran en el artículo 4 de la Ley 1562, “*que considera enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en que el trabajador se ha visto obligado a trabajar*”²⁴, y que haya sido determinada como tal por el Gobierno Nacional frente a las enfermedades laborales contenidas en la tabla de enfermedades laborales; o las que se demuestren según la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacionales.

Así entendida la enfermedad laboral, son entonces dos los requisitos para que una enfermedad pueda ser considerada como tal; uno, el origen de la misma, y otro encontrarse así señalada en el listado que el Gobierno Nacional elabore para tal fin. Como lo dice Cortés Hernández²⁵, la primera exigencia es de tal trascendencia que en un mundo laboral tan cambiante como el actual no podría plantearse en la actualidad como obstáculo para la calificación, el hecho de que la enfermedad o patología no se encuentre señalada taxativamente como tal en la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Ya que la enfermedad surge exclusivamente con causa u ocasión de la labor desempeñada puede suceder que tal patología no este contemplada en la mencionada relación o listado y ante este último evento lo que se debe proceder es a buscar su inclusión en el mismo. Y es que siendo tan innovadoras día a día las actividades y por esta misma razón tan cambiantes los riesgos a que se encuentran sometidos los trabajadores, que no se podría fijar límites basados en una norma obsoleta que no se ajuste a tal realidad, pues de así hacerlo terminaría esa norma convertida no solo en un obstáculo para el avance económico y social, sino en una talanquera para la efectiva protección de los trabajadores tanto formales como informales.

²⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de la República: Ley 1562 de 2012. Op. Cit. 10 P.

²⁵ CORTÉS HERNÁNDEZ. Op. Cit. P. 302.

En ese orden de ideas, la nueva normatividad abre las puertas para que los trabajadores independientes hagan parte del sistema, en principio con una afiliación obligatoria para aquellos que son contratistas, y voluntaria para los demás trabajadores independientes, en donde estos últimos no se ven subsumidos por este tipo de entidades aseguradoras del riesgo, a la vez que se quedan en meras ilusiones, al no haber un fondo que supla este tipo de circunstancias, y las entidades encargadas de vigilancia y control no se integran de manera plena en la solución de esta problemática.

Fondo de riesgos laborales.

Pero en principio se puede indicar qué, si bien la nueva normatividad propende por generar nuevas condiciones de vida para los trabajadores independientes, con un énfasis especial para los contratistas, en realidad se plasmó en meras expectativas para el sector informal de la población trabajadora Colombiana, que es casi la mitad de las personas económicamente activas del país; sin que este tipo de fondos comunes se modifiquen para que se conviertan en unas verdaderas fuentes de subsidio de la cotización de este tipo de población pobre, desprotegida, no entraría a desarrollarse el principio de solidaridad institucional, que es el pilar de la seguridad social. Por lo cual es indispensable regular este aspecto legislativo de la Ley 1562 de 11 de julio de 2012, porque se equipararía a generar un limbo jurídico, sin que medie la realización del Estado Social de Derecho, por decisiones de raigambre político.

Ahora bien, en este fondo, dadas las dimensiones de tipo espacial y temporal del problema del aseguramiento del sector informal de los trabajadores independientes, por parte de este tipo de mecanismos de financiación, se puede vislumbrar que la Ley 1562 de 2012, no dejó claro que tipo de financiamiento se iba a prestar para este tipo de situaciones tan apremiantes.

Se puede mostrar que según lo ordenado por el Decreto 1833 de 1994, este fondo es una cuenta de la Nación, sin personería jurídica, adscrita hoy al Ministerio del Trabajo, cuyos recursos se administran en fiducia. De conformidad con lo dispuesto en el art. 88 del Decreto 1295 de 1994, modificado por el art. 22 de la Ley 776 de 2002; el fondo tiene por objeto adelantar estudios, campañas y acciones de trabajo y enfermedades laborales en todo el territorio nacional, involucrando sus afiliados y la población más vulnerable del país; así como también financiar estudios de investigación que soporten las decisiones que en materia financiera, actual o técnica se requieran para el desarrollo del Sistema General de Riesgos Laborales, y para crear e implementar un sistema único de información y un sistema de garantía de la calidad de la gestión del sistema, más no generar estímulos para la afiliación de toda la población trabajadora.

Los recursos con los que se financian las actividades de este fondo, en acatamiento a los Decretos 1295 de 1994 y 1833 del mismo año, como lo dice Cortés Hernández²⁶, provienen del uno por ciento (1%) del recaudo por cotizaciones a cargo de los empleadores; aportes del presupuesto Nacional, las multas que se imponen, por parte del Ministerio actual del

²⁶ *Ibíd.* P. 120.

Trabajo relacionados con riesgos laborales; recursos de las entidades territoriales y las donaciones que a cualquier título reciba, esto conforme con las nuevas tendencias de aseguramiento del riesgo, que va a tener gran desarrollo gracias a la entrada de la nueva ley de riesgos laborales de denominación Ley 1562 de 2012.

Entidades administradoras.

Desde las concepciones de la anterior década, corresponde hoy a las ARL cumplir funciones tales como la afiliación, registro, recaudo, cobro y distribución de las cotizaciones y garantías a sus afiliados las prestaciones contempladas en la Ley. Como quiera que además de las económicas estén también las llamadas a cubrir prestaciones tipo asistencial, las ARL deben suscribir para tal efecto los convenios correspondientes con las EPS e IPS. El artículo 5 del Decreto 1295 de 1994 determina que los gastos que se deriven de los servicios de salud y tengan relación directa con los llamados hoy riesgos laborales, estarán a cargo de la ARL a la que el trabajador se encuentre afiliado; así mismo ordena que la atención inicial de urgencia derivada de un accidente de trabajo o una enfermedad laboral, podrá ser prestada por cualquier IPS, con cargo al Sistema de Riesgos Laborales.

Estas preceptivas no llevan a admitir el significativo avance que en materia de atención implico la promulgación de la Ley 100 de 1993, pues la debida coordinación y colaboración armónica que están llamadas a conservar entre si todas las entidades e instituciones que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral, trayendo como resultado una atención más oportuna y eficaz a todos los afiliados del sistema, toda vez que como se ve, lo que debe primar es la atención de las contingencias que entre a establecer la entidad del régimen a cuyo cargo correrá el pago correspondiente.

De igual manera previa autorización de la Superintendencia Financiera para la explotación de dicho ramo, todas las entidades aseguradoras podrán asumir la prestación de los servicios propios de las ARL, siempre que dispongan de la capacidad humana técnica requerida y acrediten el patrimonio técnico saneado y exigido por el Gobierno Nacional.

Conclusiones.

Es necesario indicar que el principio de solidaridad, si bien, en algún estadio de la historia de la humanidad fue entendida como beneficencia, hoy por hoy se debe concebir como obligatoria, porque es un ideal siempre ambicioso de cobertura, difícilmente alcanzable es el de que el servicio de seguridad social, en especial el de riesgos laborales, sea prestado a todos los habitantes de un país nacionales o extranjeros, residentes y aún turistas, sin distinciones de ninguna naturaleza y es el sistema propuesto y consagrado por la nueva Ley 1562 de 2012, pero que a la luz de las nuevas circunstancias del modelo laboral vigente en Colombia se queda corto para la realidad del trabajador informal; por eso es necesario ampliar la dependencia de la protección limitada a la relación laboral, en un modelo de pilares que pueda hacer efectiva la afiliación de los trabajadores informales, puesto que en teoría es posible; pero en la práctica es nugatoria por la misma dinámica del poder adquisitivo de los trabajadores informales.

De igual forma, existe una ausencia de mecanismos de cooperación entre instituciones, organizaciones y demás actores para la población trabajadora que actualmente está fuera del sistema de riesgos laborales, por causa de falta de regulación del tema. Especialmente hay una falta de cooperación entre las pequeñas empresas y trabajadores independientes, para que estos respondan a la protección y a la afiliación permanente del sistema, dado que es en este sector en el que se concentran el riesgo, y por su debilidad económica, es en donde se presentan los ambientes más desprotegidos. Deberá pensarse aquí, desde la justicia globalizada, mecanismos de aporte para una renta básica ciudadana que garantice la afiliación y la protección, entendiéndose como la oportunidad de conducir intereses diversos, redefinir valores y aceptar diferencias, que propendan por un modelo de pilares; Además de una intervención efectiva por parte de las ARL, que realizan un control precario en las PYMES (pequeñas y medianas empresas).

Si bien es cierto, que con el paso del tiempo, el Estado y demás órganos gubernamentales han propiciado, a través de la legislatura, crear normas que desarrollen los postulados de la Carta Magna, que proclama el beneficio integral para sus asociados, tal fin, en muchos de los casos, ha quedado inconcluso, toda vez que, las condiciones económicas, sociales de los sectores más beneficiados, en poco contribuyen al amparo de los que poco poseen, ello, debido a la falta de solidaridad entre los administrados, y debido a ello no basta que se puedan afiliar al sistema los trabajadores independientes no contratistas como voluntarios, sino que es necesario crear mecanismos que puedan aportar a los sectores de trabajadores menos favorecidos, en una verdadera universalidad del sistema para todos ellos.

También hay que indicar que siendo Colombia, un país en el que el porcentaje de la población amparada en riesgos laborales, es muy baja, los ingresos alcanzan más de la proporción señalada; así pues la inversión de esos ingentes recursos y de las cuantiosas reservas de las instituciones de la seguridad social, las cuales están destinadas a respaldar el pago de prestaciones tales como los accidentes de trabajo, invalidez, vejez y la muerte, produce un considerable impacto en la economía del país; para lo cual el esfuerzo de nuestro legislador fue insuficiente a la hora de crear herramientas claras para el aseguramiento en riesgos laborales de los trabajadores independientes no contratistas y más aún la inclusión del sector informal se quedó corta, a la luz de las nuevas disposiciones que regulan el tema. Pero es importante resaltar que se debe crear un fondo como el que existe en los otros dos sistemas; que se encargue exclusivamente de manejar los recursos del sistema de riesgos laborales, no solamente en el entendido de campañas de prevención y estadísticas, sino también en beneficio de los sectores menos favorecidos de trabajadores que por no ser atractiva su afiliación para las aseguradoras se quedan por fuera del Sistema de Riesgos Laborales.

BIBLIOGRAFÍA.

AYALA CÁCERES, Carlos Luis. Legislación en salud ocupacional y riesgos profesionales. 3ª edición. Bogotá: Ed. Salud Laboral, 2004. 345 P.

CHAVEZ DONOSO, Samuel. Re-pensando la seguridad: como una ventaja competitiva. Santiago de Chile: Edición para Colombia. Seguros de Vida Colpatria S.A. 1997. 240 P.

CORTÉS HERNÁNDEZ, Óscar Iván. Derecho de la seguridad social. 3ª ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2007. 431 P.

MERINO MERCHÀN, José Fernando, PÈREZ UGENA, Coromina María y VERA SANTOS, José Manuel. Lecciones de derecho constitucional. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. 345 P.

MIRANDA TALERO, Alfonso. El derecho a la seguridad social. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 1995. 290 P.

PEDRAZA CUERVO, Ariel (compilador). Estatuto de seguridad social y de pensiones: Ley 100 de 1993 y decretos reglamentarios. 6 ed. Bogotá: Editorial Leyer, 2003. 486 P.

PLAZAS G. Germán. La nueva seguridad social (tomo I). 2 ed. Santafé Bogotá D.C.: Una Publicación de Consultores de Colombia Ltda., 1994. 299 P.

NORMAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Constitución Política de Colombia. Santafé de Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica Diké, 2002. 249 P.

_____, Congreso de Colombia. Ley 789 de 2002 (diciembre 27): Por el cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá: Congreso de Colombia. 2002. 26 P.

_____, Congreso de Colombia. Ley 1562 de 2012 (julio 11): Por el cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional. Bogotá: Congreso de Colombia. 2012. 10 P.

_____, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Decreto 1295 de 1994 (junio 22): Por el cual se determina la organización y administración del sistema general de riesgos profesionales. Bogotá: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1994. 38 P.

JURISPRUDENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-126 de 2000. Bogotá, 2000. Tomado de:
<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Jurisprudencia2000/sistemageneral059.htm>. Consulta 16 de mayo de 2012.

_____. Sentencia C-529 de 2012. Bogotá, 2012. Tomado de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-529-10.htm>. Consulta 16 de mayo de 2012.

_____. Sentencia C-1187 de 2000. Bogotá, 2000. Tomado de:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14655>. Consulta 16 de mayo de 2012.

_____. Sentencia C-858 de 2006. Bogotá, 2006. Tomado de:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2006/c-858_2006.html. Consulta 6 de noviembre de 2012.

PÁGINAS DE INTERNET

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ministerio del Trabajo. “Con la nueva Ley de Riesgos Laborales habrá más salud y protección para los trabajadores Colombianos”, Min Trabajo. [En línea]. Bogotá: Ministerio del Trabajo, 2012. <Disponible en:
<http://mintrabajo.gov.co/septiembre-2012/1006-qcon-la-nueva-ley-de-riesgos-laborales-habra-mas-salud-y-proteccion-para-los-trabajadores-colombianosq-mintrabajo.html>. <Consulta 12 de septiembre de 2012>.



La provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa¹

Mary Luz Caicedo Gutiérrez

Abogada de la Universidad Nacional de Colombia sede Bogotá, Especialista en Derecho
Administrativo de la Universidad de Antioquia.
Empleada pública de carrera del Municipio de Envigado - Antioquia.

¹ Artículo elaborado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

Se analiza la problemática suscitada a partir de la configuración del tipo de servidor público que accedió a cargos de carrera administrativa provisionalmente, que permaneció cobijado a lo largo de los años por el régimen laboral estatal bajo el status de empleado de carrera, contrarió el postulado constitucional del mérito y privilegió en mayor medida el clientelismo; para constituir uno de los debates jurisprudenciales más complejo que haya tenido la función pública: “el servidor público en calidad de provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa”.

Encontrando cómo es que entre las posturas jurídicas diversas y las posiciones opuestas deambulaba el servidor público provisional quien en apariencia fungía temporalmente, pues al analizarse en profundidad su condición esta distaba de lo usualmente conocido como tal, aunque no le era dable apartarse de aquella literalidad; siendo ésta la que en últimas, así como el desarrollo y aplicación de los principios de la función pública: igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y transparencia; hicieron que miles de servidores públicos en calidad de empleados de carrera en provisionalidad, que sirvieron al Estado durante años continuos y que creyeron establecer con él una relación laboral permanente y jurídicamente estable, al día de hoy y a partir del año 2005 pasaran a formalizar su vinculación con el Estado o la concluyeran definitivamente.

Palabras clave: Servidor público; estabilidad; mérito; concurso; carrera administrativa.

Apreciaciones frente a cambios en los proyectos de vida de las víctimas indemnizadas en el marco del decreto 1290

Introducción.

Con el fin de solventar en gran medida las inquietudes más relevantes que giran en torno a la figura del cargo de provisionalidad en la carrera administrativa, se busca establecer una respuesta sustentada en las posiciones adoptadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado a lo largo del tiempo; con el fin de definir con aquellas posiciones, y primordialmente con ocasión de la promulgación de la Ley 909 de 2004 y la posterior ejecución del concurso general de méritos 001 de 2005 adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para la provisión de la mayoría de empleos de carrera administrativa de entidades del Estado; la finalidad, necesidad y existencia (origen y terminación) del cargo de provisionalidad.

La administración pública, vista desde su interior y concretamente desde la relación laboral: empleado público - Estado, y con ocasión de la promulgación de la Ley 909 de 2004 y la posterior celebración del concurso general de méritos 001 de 2005, se vislumbró considerablemente provisional, situación ésta que propició la unificación jurisprudencial en torno a la problemática suscitada por los empleados públicos provisionales que creían perpetua su relación laboral con el Estado, y por aquellos que en virtud del principio del “mérito”, una vez culminó el proceso de selección estabilizaron su relación o la iniciaron. Principio aquel que en la relación provisional con el Estado constituye el quid del asunto, al ser él y solo él, el que le permite al administrado- concursante o empleado público convertir en **estable** su relación laboral con el Estado.

Efectuado un seguimiento a los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en cuanto a la condición laboral de los empleados públicos provisionales, hallamos no solo posiciones enfrentadas entre estas corporaciones, sino incluso dentro de ellas mismas; como fuera el caso de la Sección Segunda Laboral del Consejo de Estado cuyas diferencias surgidas desde el año 1998 vieron un primer final hacia el año 2003 a través de la unificación de jurisprudencia de sus Subsecciones, en donde primara la posición de la Subsección “B”. Para que luego de ello y con la expedición de la Ley 909 de 2004 y la posterior realización del concurso general de méritos 001 de 2005, adoptara la Sección Segunda la posición asumida en sus inicios por la Subsección “A”.

Hallamos también que los administrados en calidad de concursantes y especialmente los empleados públicos provisionales demandaron de los autorizados, esclarecimiento y pronunciamientos más firmes, así como conceptualización estatal más certera en cuanto a su condición. Lo que nos condujo a encontramos con un nutrido desarrollo legal que le permitió al ente administrativo y judicial resolver las problemáticas propuestas por el empleado público en provisionalidad, que buscaba a toda costa mantener viva su relación laboral con el Estado así fuera desvirtuando, en alguna medida, la eficacia del concurso de méritos en proceso al apelar a situaciones particulares tales como: estabilidad relativa, estabilidad restringida, condición de padre o madre cabeza de familia, padecimiento de una

discapacidad física, tiempo de permanencia en el cargo provisional, madre gestante, entre otros; lo que dio lugar a definir aún más claramente la figura del cargo provisional en la carrera administrativa por las altas cortes.

Es sabido que la estructura de la carrera administrativa se soporta en un sistema técnico de administración de personal cuyo objeto es garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público (art. 27 de la Ley 909 de 2004); materializándose en el estatuto que reglamenta los derechos y deberes de los empleados públicos y de aquellas personas que aspiran formar parte de la administración pública; no obstante, el ambiente administrativo laboral “politizado” en cuanto al ingreso, ascenso, permanencia y desvinculación de los servidores públicos; que hasta hace unos años predominó en el ámbito laboral administrativo y que originó la demanda jurisprudencial y conceptual; solo permitió la eficacia de dicho estatuto, puede afirmarse sin apuros, con la ejecución del concurso de méritos 001 de 2005 que antes mencionamos.

En este sentido el propósito de este documento será establecer cuál es el lugar que ocupa el cargo de provisionalidad en la actualidad; y poder con ello configurar un referente doctrinario de consulta en materia administrativa laboral, que acorde con los postulados constitucionales, normativos y de desarrollo jurisprudencial, agrupe las respuestas a las dudas más relevantes que rodean la figura del cargo de provisionalidad en la carrera administrativa.

Propuesto así nuestro rumbo académico y con la finalidad de no entrar a ciegas a explorar los caminos por los que se ha movido el empleado público provisional, comenzaremos por realizar unas sucintas precisiones acerca de los conceptos de: Carrera Administrativa y Empleado Público de Carrera, que nos permitirá de manera más acertada ubicar el cargo en provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa.

La carrera administrativa.

Tal y como lo señalo la Corte Constitucional en su estudio de constitucionalidad al Decreto Numero 1660 de 1991 en la sentencia C-479/92, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero: “...uno de los elementos esenciales en la estructura de las instituciones colombianas ha venido siendo desde 1.936 y con mayor énfasis a partir de la Carta del 91, el valor del trabajo...” valor este que se instituyó en inherente al ser humano y con ello a su dignidad, siendo resguardado por el Estado dada su intervención en la vida económica y social.

El valor del trabajo o más propiamente el derecho al trabajo, a la luz de la Constitución de 1.991 y a su desarrollo jurisprudencial y doctrinario; hace referencia más específicamente a la posibilidad de obtener un empleo, el cual, si bien se encuentra resguardado por el Estado, no contempla en su esencia que todos puedan adquirirlo, ya que su acceso se encuentra supeditado al cumplimiento de los requisitos de mérito y capacidad. Requisitos que se hacen más evidentes y rigurosos para quien aspira a un cargo público.

Es así como la Constitución de 1991 estableció en el artículo 125 el Régimen de Carrera Administrativa como fundamento estructural de la función pública, que fuera desarrollado actualmente por la Ley 909 de 2004; y que tiene como propósito comprobar, previo el cumplimiento de unas exigencias determinadas en la ley: el mérito, las capacidades y aptitudes, de quienes pretendan desempeñar funciones públicas en calidad de empleados públicos específicamente. Así como garantizar la permanencia de aquellos que las cumplieron y mantienen un desempeño satisfactorio de las labores encomendadas.

Aquellas exigencias, resaltó la Corte Constitucional a través de su Sentencia C-037/1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, buscan: "...que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perceptivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado. El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad."

De esta manera quien pretenda ejercer un cargo de función de pública en una relación laboral con el Estado como **empleado público de carrera**, que, debe puntualizarse, se diferencia de los cargos de: elección popular o miembros de corporaciones públicas, de libre nombramiento y remoción, en periodo fijo, temporal, contratista, privado con funciones públicas, y por supuesto los trabajadores oficiales; se somete al régimen establecido por la carrera administrativa y sus exigencias: (1) el cumplimiento de una serie de requisitos previamente establecidos de acuerdo al cargo al que se aspira, calidades y capacidades; (2) la culminación satisfactoria de un concurso de méritos; (3) el nombramiento en periodo de prueba el cual debe ser superado mediante la demostración material de aptitudes y competencias para el cargo; y (4) la consolidación de su vinculación con la administración estatal a través de la inscripción en carrera administrativa. Lo que le permitirá al aspirante hacer parte de la función pública y emprender su pleno tránsito en la carrera administrativa, la cual busca ahora reconocerle permanentemente y de forma constante su superación académica y personal.

La permanencia en la carrera administrativa, y las prerrogativas que esta otorga, dependerá del óptimo desempeño de las funciones del cargo ejercido por el empleado público de carrera, el cual será evaluado de manera semestral; así como por la violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley. Resaltando en este último aspecto la prevalencia de intereses de carácter general, lo que implica que el Estado en aras del ejercicio adecuado de la gestión pública, pueda suprimir en circunstancias específicas determinados empleos. Sin que se desconozcan los derechos laborales de los empleados públicos afectados, que como mínimo serán indemnizados, ni la estabilidad laboral que les ofrece la carrera administrativa.

Al respecto la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) señaló en el concepto 02-4495 del 31 de marzo de 2009 que: "... los empleados con derechos de carrera administrativa cuentan con estabilidad laboral, la cual tiene manifestación en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, que les protege brindándoles un fuero de estabilidad frente a las distintas

situaciones administrativas que resultan en la supresión de su cargo, al establecer que tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, o a elegir entre la reincorporación y la indemnización, cuando no sea factible la incorporación.”

Explicada entonces sucintamente la figura de la carrera administrativa, es necesario tratar de comprender someramente el concepto de **empleado público de carrera**, como elemento del conjunto de empleados públicos definidos por el artículo 1 de la Ley 909 de 2004, que junto a los miembros de corporaciones públicas, los contratistas, los privados con funciones públicas y los trabajadores oficiales; son especie del género “servidor público”.

Los empleados públicos de carrera.

De la lectura del artículo 113 de la Constitución Política de Colombia se infiere la plena aplicación del principio de la separación de los poderes y de la especialización del cumplimiento funciones estatales a través del ejercicio de la función: legislativa, ejecutiva y judicial; así como que este poder estatal a su vez se encuentra sectorizado en otros órganos autónomos e independientes que han sido erigidos para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Las competencias atribuidas a dichos órganos conforman la actividad estatal que deben llevarse a cabo por quienes se vinculen laboralmente con el Estado, es decir, los servidores públicos.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-299/94 con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, expresó lo siguiente:

"La noción de servidor público que la Constitución emplea en diferentes normas (arts. 6, 122, 123, 124, 126, 127 y 129), sugiere la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica o no subordinación laboral".

"Según los términos del artículo 123, "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"".

"El artículo 125 a su turno establece en lo pertinente: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley."

"Así pues, dentro del género "servidor público", se comprenden según la Constitución diferentes especies como son: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales".

Postura que se mantiene vigente en los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la actualidad.

Los empleados públicos se caracterizan por estar vinculados con la administración mediante una relación legal y reglamentada. Y de conformidad con el artículo 1° de la Ley

909 de 2004 pueden clasificarse en: empleados públicos de carrera, empleados públicos de libre nombramiento y remoción; empleados públicos de periodo fijo y empleados públicos temporales.

Los empleados públicos de carrera como ya se examinó se proveen en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito o concurso público, según lo establecido en el Título V de la Ley 909 de 2004. Los empleados públicos de libre nombramiento y remoción son provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la ley en mención. Los empleados públicos de periodo fijo son de naturaleza contractual y pueden ser retirados al terminar el plazo del contrato. Y los empleados públicos temporales, que por cumplir unas funciones que no realiza el personal de planta ya que no forman parte de las actividades permanentes de la administración, tienen una vinculación con el Estado por un tiempo determinado.

No siendo suficiente la anterior clasificación, del empleo público de carrera se desprende una subcategoría que se encuentra regulada por el artículo 25 de la Ley 909 de 2004: **el cargo público de carrera en provisionalidad**, que es el que ocupa nuestro estudio y el que se pretende analizar de la manera que sigue.

El cargo público de carrera en provisionalidad.

El ordenamiento jurídico dispuso como una medida de provisión de empleos de carrera administrativa el **nombramiento en provisionalidad**, consistente en la asignación transitoria de un empleo de carrera administrativa vacante temporalmente o de manera definitiva, a una persona que reúna los requisitos para desempeñarlo y mientras se surte el respectivo concurso de méritos para proveerlo.

La naturaleza temporal del nombramiento en provisionalidad implica para el empleado, a diferencia del cargo de carrera administrativa, una permanencia efímera en el empleo como su nombre lo indica.

El marco legal de los empleados provisionales, a partir de la promulgación de la constitución de 1991, estaba en la **Ley 27 de 1992**, por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, que en su artículo 10° segundo inciso señalaba que mientras se efectuaba la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en carrera administrativa tendrían derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenaban los requisitos para su desempeño. De lo contrario esos nombramientos podrían hacerse con **empleados provisionales**.

Esta ley que posteriormente fuera derogada por la **Ley 443 de 1998** que en sus artículos 9 y 10 regulaban la provisión de empleos por vacancia temporal y la duración del encargo y de los nombramientos provisionales; establecía que los empleos de carrera administrativa cuyos titulares estuvieran separados del cargo de manera temporal solo podrían ser ocupados bien fuera a través de la figura del encargo o por empleados provisionales, por el tiempo que duraran dichas situaciones administrativas. Mientras que para los cargos con vacancia definitiva el término de duración del encargo y del nombramiento provisional no

podría exceder el término de cuatro (4) meses, término que podría ser prorrogado previa autorización de la Comisión del Servicio Civil, hasta cuando se superara la circunstancia que dio lugar a la prórroga.

El artículo 4° del **Decreto 2329 de 1995** por su parte, reproducía el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 27 de 1992.

El artículo 4° del **Decreto Reglamentario 1572 de 1998**, a diferencia de las normas precedentes, estableció un concepto de la figura del nombramiento provisional en la que indicaba: “**Entiéndase por nombramiento provisional** aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria un empleo de carrera, con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata. También tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción y que en virtud de la ley o de una decisión de la Corte Constitucional se convierta en cargo de carrera. Tal carácter se adquiere a partir de la fecha en que se opere el cambio de naturaleza del cargo y éste deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el artículo 2° de este decreto. En caso de que deba realizarse el concurso, éste deberá convocarse de manera inmediata y proveerse con la persona que ocupe el primer puesto en la respectiva lista de elegibles.”

Observamos entonces como la norma de manera clara hace una relación entre provisionalidad en el cargo, con quien ocupe un cargo de carrera administrativa **sin haberse sometido a un concurso de méritos**, independientemente de la denominación que al cargo se le de.

Este artículo posteriormente fue modificado por el artículo 2 del **Decreto 2504 de 1998**, pero en su interpretación mantuvo su esencia original.

A la postre, y con la expedición de la **Ley 790 de 2002**, en donde si bien no se introdujo ninguna referencia normativa expresa en cuanto a la definición del cargo o nombramiento en provisionalidad, se referenció a través del artículo 8°, y dado el carácter temporal del cargo, un reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica de los empleados provisionales con ocasión del retiro del servicio por supresión del empleo en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública que traía consigo el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 aprobado por la Ley 812 de 2003 y dispuesto por el Artículo 8° Literal D.

Hasta este momento, la aplicación del marco legal de los empleados provisionales dio origen a controversias judiciales y sobretodo pronunciamientos disimiles entre las altas Corporaciones; en los que el concepto de provisionalidad, que aunque en apariencia se encontraba claro, a interpretación de la Corte Constitucional y en aras de garantizar derechos fundamentales, le permitía al empleado público provisional mutar la transitoriedad de su cargo a una estabilidad “relativa” supeditando su permanencia a la realización del concurso publico de méritos para designar en propiedad a quien lo superara. Mientras que el Consejo de Estado a través de la Sección Segunda dirimía su posición entre asimilar al empleado provisional como a uno de libre nombramiento y remoción cuya

desvinculación podría ser discrecional y adoptar en sus decisiones la posición de la Corte Constitucional. Estos puntos de vista más adelante se referenciarán y analizarán.

Nos encontramos por último con la expedición de la **Ley 909 de 2004** y su **Decreto Reglamentario 1227 de 2005**, vigentes en la actualidad, que cambiaron sustancialmente el marco normativo de los empleados provisionales al pretender dar solución a las inamovibles e indefinidas relaciones laborales provisionales con el Estado de manera definitiva, instituyendo a través del artículo 25 que: “Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”

De lo anterior se colige la improcedencia del nombramiento en provisionalidad para vacancias definitivas y en consecuencia su temporalidad “indefinida”; debiéndose proceder, sino a la apertura de un concurso de méritos, a la ocupación del cargo a través de la figura del encargo con servidores públicos de carrera. Procurándose el sostenimiento de la función pública basado en sus principios, especialmente en el mérito, y en donde su filosofía es el establecimiento de listas de elegibles producto de concursos de mérito, para proveer los cargos que estén en situación administrativa de vacancia definitiva como las jubilaciones, retiros y renunciaciones.

Es así, como armados del nutrido referente normativo antes referenciado, nuestros intérpretes jurídicos tomaron decisiones en sede administrativa y judicial, las cuales abrieron caminos diferentes en los que el empleado público provisional debió deambular y que resulta pertinente analizar con el ánimo de identificar cuál es su actual escenario laboral.

Desarrollo jurisprudencial del cargo de provisionalidad por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional en atención a demandas de tutela por parte de empleados provisionales que se habían visto separados del cargo mediante insubsistencia discrecional, tuvo la oportunidad de sentar su posición frente a la situación laboral de estos empleados de la siguiente manera:

En la sentencia T-800/98, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, expresó:

“...la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.”

En el caso que analizaba la Corte en esa oportunidad, quien demandaba ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad, y su insubsistencia discrecional era fundamentada en el

hecho de que la funcionaria ocupaba el cargo por más tiempo del establecido en la ley (artículo 4º del Decreto 2329 de 1995) debiéndose entonces separar del cargo mientras se convocaba el concurso de méritos.

De lo cual la Corte interpreto: “Como se deduce del texto, la provisionalidad se admite “mientras se efectúe la selección para ocupar un empleo de carrera administrativa”. Esto quiere decir que la administración está obligada a convocar el respectivo concurso dentro de dicho lapso para que se cumplan los dos principales propósitos de la Ley: evitar la prolongada vinculación de funcionarios en cargos respecto de los cuales no han acreditado los requisitos de idoneidad y que el Estado considera, deben ser provistos mediante concurso de méritos; e impedir que la administración se paralice por el hecho de que no haya servidores públicos desempeñando las funciones propias del cargo vacante.”

Así las cosas, un funcionario que se encuentra ocupando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad por más tiempo del autorizado legalmente, debe ser desvinculado como lo ordena la norma siempre que la administración cumpla con la obligación de iniciar el concurso de méritos para proveer la plaza definitivamente, ya que de no ser así los cargos estarían destinados a quedarse disponibles.

Desde este momento la Corte Constitucional sienta su posición en dos temas relevantes frente a la situación laboral de los empleados en provisionalidad: **(1)** el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción; y **(2)** el nominador solo puede desvincular al empleado público en provisionalidad cuando exista justa causa para ello, es decir que la desvinculación no puede darse discrecionalmente sino que el nominador debe motivar su decisión.

En la Sentencia de Unificación 250/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte se pronunció en cuanto al tema puntual de la motivación del acto mediante el cual se declare la insubsistencia de un empleado público en provisionalidad así:

“El problema que se plantea en esta tutela, en relación con el debido proceso, es si la falta de motivación para el retiro constituye violación de aquél derecho.

La respuesta es contundente: según se explicó anteriormente, necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional...”

“La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta... La motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos.”

En la Sentencia T-752/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, el pronunciamiento fue ratificado al señalar la Corte:

“Para declarar la insubsistencia del empleado público que esté ocupando un cargo de carrera, la Administración deberá motivar su decisión a fin de garantizar el debido proceso y en particular el derecho de defensa de la persona a quien se pretende desvincular del servicio público. Distinto ocurre en el caso del retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, pues las normas...permiten una mayor discrecionalidad al nominador al momento de declarar la insubsistencia.”

“La Corte ha considerado que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar. El deber de motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera se hace extensivo para desvincular a quien este ocupando provisionalmente... La falta de motivación... constituye una violación al debido proceso.”

En la Sentencia T-1159/05, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y con posterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004, la Corte sostuvo:

“Esta Corporación ha sido uniforme al afirmar que el hecho de que un funcionario esté nombrado en provisionalidad no lo equipara a uno de libre nombramiento y remoción en términos de la no necesidad de motivación del acto de desvinculación...se ha predicado que la diferencia con la jurisprudencia del Consejo de Estado radica en que cuando esa Corporación manifiesta que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hace desde un análisis de legalidad... la Corte Constitucional lo hace desde un análisis constitucional...”

“Tal obligación de motivación persiste hasta el momento en el cual sea nombrado en el cargo una persona que haya sido escogida en virtud de la realización de concurso público de méritos para proveer de manera definitiva la plaza.”

La Corte Constitucional ratifica y clarifica que el momento en el que el acto de desvinculación de un empleado de carrera provisional no deberá ser motivado, en aras de garantizar el debido proceso, será únicamente cuando sea nombrada en el cargo una persona que haya sido escogida en virtud de la realización de concurso público de méritos para proveer de manera definitiva la plaza.

A través de la Sentencia T-729 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte señala que se:

“...ha decantado una línea jurisprudencial sólida, conforme a la cual el derecho al debido proceso cobija todas las actuaciones administrativas y no sólo las judiciales, pues así emerge directamente de lo prescrito por el artículo 29 superior. ...Dentro de los aspectos integrantes del derecho fundamental al debido proceso administrativo, la Corte ha resaltado que los actos de la Administración deben ser motivados, pues de esta manera se evita la arbitrariedad y los abusos por parte de las autoridades administrativas.”

En la Sentencia de Unificación 446/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte expreso lo que a continuación se referencia:

“...no cabe duda a la Sala de que la jurisprudencia reiteradísima de esta Corporación en todas sus Salas ha sostenido que el derecho al debido proceso administrativo involucra la garantía que cobija a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, de ser desvinculados mediante resolución motivada. En tal virtud este tipo de funcionarios gozan de cierta **estabilidad laboral.**” (Negrilla fuera de texto)

Clara entonces la posición de la Corte en sus pronunciamientos en cuanto a diferenciar al empleado público en provisionalidad del empleado público de libre nombramiento y remoción; establecer la necesidad de motivar los actos que lo desvinculen del cargo y otorgarle cierta estabilidad laboral. A través de la Sentencia C-431/10, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, la Corte desarrolla la figura del cargo de provisionalidad y lo enfrenta con el cargo ocupado por los empleados inscritos en carrera administrativa. De dicha sentencia se destaca:

“Existe un mandato constitucional que ordena implementar el Sistema de Carrera Administrativa -artículo 125 Superior-, por lo que el Legislador está autorizado de manera clara y expresa para establecer diferenciaciones que privilegien dicho régimen... Desde luego, quienes están inscritos en ese Sistema continúan siendo servidores públicos pero no se encuentran en la misma o en similar situación que los demás servidores públicos –ni siquiera en la circunstancia en la que se hallan quienes han sido nombrados de manera provisional en un cargo de carrera–. Tal diferenciación no sólo está justificada desde el punto de vista constitucional sino que obedece a un mandato constitucional expreso, esto es, al contemplado por el artículo 125 Superior.

En otras palabras, todos los empleados tienen la categoría de servidores públicos. No obstante, su situación no es exactamente la misma, pues al paso que los empleados inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa han sido sometidos a un estricto mecanismo de selección sustentado en el mérito y en el concurso, los demás empleados o servidores públicos no lo han hecho. Por ello, el hallarse los empleados públicos inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa se permite tratar de manera igual a todas las personas que, además de ostentar el cargo de empleados públicos, se encuentren inscritos en dicho Sistema. Este criterio hace factible al mismo tiempo tratar de manera desigual, esto es, no hacer extensivos los privilegios que les reconoce la Constitución a los empleados de carrera, a los demás empleados públicos...”

Sobresale en torno al tema lo que se pasa a transcribir:

“La Corporación ha tenido en cuenta que en la realidad el número de personas nombradas de manera provisional en cargos de carrera es muy extenso. Esto la ha llevado a tutelar en múltiples ocasiones los derechos de estas personas y la ha conducido a precisar que ellas gozan de una protección intermedia que no las asimila a la que les corresponde a quienes – por medio del concurso y del mérito–, han llegado a integrar un cargo de carrera en propiedad, pero que tampoco las hace equiparables a los funcionarios de libre nombramiento y remoción.”

“...esto no significa que quienes han sido nombrados (as) en provisionalidad ostentan los derechos que se derivan de la carrera y, en particular, el derecho a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera y al cargo correspondiente.”

“El punto en el que se equiparan los funcionarios inscritos en el régimen de carrera administrativa y los servidores o empleados públicos que desempeñan de manera provisional un cargo de carrera es, por tanto, la necesidad de motivar los actos administrativos en caso de que tales servidores públicos sean declarados insubsistentes. Ello, empero, no puede conducir a pensar que existe una identidad entre la circunstancia propia de los empleados inscritos en el régimen de carrera y quienes no lo están, así de manera provisional ocupen un cargo de carrera.”

Si llegáramos hasta aquí, de la figura del cargo de provisionalidad en el marco de la carrera administrativa, bajo la garantía y salvaguarda de los derechos fundamentales, podríamos concluir:

1. Antes de la expedición de la Ley 909 de 2004 el cargo en provisionalidad fue creado con la finalidad de que se ocuparan cargos de carrera que se encontraran vacantes **temporal** y **definitivamente**, y no pudieran ser provistos mediante la figura del encargo.
2. Con la expedición de la Ley 909 de 2004, y con la finalidad de remediar la situación que por años se venía presentando en la función pública basada en una relación laboral provisional “indefinida”; los empleados provisionales solo pueden ocupar cargos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que implican separación **temporal** de los mismos y cuando no sea posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera. Aunque en la práctica se dé para los casos en los que medie la separación definitiva (tales como la renuncia, jubilación, y retiro); y se insiste, no sea posible proveerlo mediante la figura del encargo, mientras se surte el concurso de méritos. Esto con el ánimo de no generar traumatismos en la administración.
3. El nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción; aunque su esencia ambos contemplan una temporalidad o provisionalidad. Por tanto el nominador solo puede desvincular al empleado público en provisionalidad cuando exista justa causa para ello, es decir que la desvinculación no puede darse discrecionalmente, como sucede con los empleados públicos de libre nombramiento y remoción; sino que el nominador debe motivar su decisión.
4. La desvinculación del cargo para un empleado provisional se dará por motivos disciplinarios, bajo rendimiento laboral o porque se convoque a concurso para llenar la plaza que ocupa de manera **definitiva**. No siendo aceptable que se desvincule al servidor público provisional por motivos diferentes a los anteriores para que el cargo sea ocupado por otro provisional.

5. Los funcionarios en provisionalidad en virtud de su relación con el Estado y de lo antes expresado, gozan de una cierta estabilidad laboral.
6. Sin embargo el hecho de que los actos administrativos que declaran la insubsistencia de una persona nombrada en provisionalidad requieren motivación, esto no significa que ostentan los derechos que se derivan de la carrera y, en particular, el derecho a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera al cargo.

Así pues, el cargo en provisionalidad al no equipararse al cargo de libre nombramiento y remoción, y tampoco a uno de carrera administrativa; se puede aseverar constituiría para quien lo ejerce una “condición laboral transitoria” que basada en una serie de criterios fundamentales como el debido proceso, derechos de la madre en gestación, entre otros; le otorgan un tipo de estabilidad laboral relativa con el Estado.

Desarrollo jurisprudencial del cargo de provisionalidad por el Consejo de Estado.

No obstante lo anterior, nos encontramos por otra parte con los pronunciamientos del Consejo de Estado que difieren notablemente de las conclusiones antes planteadas, modificando el panorama del empleado provisional cuando en sede judicial han pretendido la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos que discrecionalmente los han separado de su cargo. Esta posición la analizaremos de la manera que sigue.

La Sección Segunda del Consejo de Estado encargada de los asuntos laborales resolvía los asuntos que llegaban a su despacho de dos maneras distintas. La Subsección “A” de alguna manera seguía la línea establecida por la Corte Constitucional en el entendido de que los empleados provisionales gozaban de algún grado de estabilidad que exigía que el acto de separación del cargo debiera ser motivado. Mientras que la Subsección “B”, sostenía que los empleados provisionales al no haber ingresado a la administración mediante concurso de méritos, no podía gozar de estabilidad laboral alguna y su cargo era asimilable al de libre nombramiento y remoción.

En la Sentencia de julio 19 de 1993, en la que fuera Consejera Ponente la doctora Clara Forero de Castro se consignó lo que paso a transcribir:

“...la insubsistencia es el ejercicio de la facultad de remover de la cual están investidas las autoridades nominadoras para desvincular del servicio libremente a quienes no están protegidos por garantía de estabilidad, o como resultado de deficientes calificaciones de servicio, o negativas evaluaciones del desempeño, cuando se trata de empleados inscritos en carrera administrativa. La insubsistencia para los primeros tiene como base la aludida potestad, respecto de los segundos debe fundamentarse en el cuestionamiento de su eficiencia o de su rendimiento... mediante ella se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que ocupaba, en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste al nominador en relación con los empleados no pertenecientes a la carrera administrativa, como lo era la demandante, ya que no alegó y menos probó que se hallará escalafonada en ella.”

En la sentencia aludida se deja sentada la posición de la sección en cuanto a señalar de manera categórica que la facultad discrecional que le asiste al nominador es en relación a los empleados no pertenecientes a la carrera administrativa. Y si bien no se refiere puntualmente al caso de los empleados en provisionalidad, se pueden entender incluidos, en la medida de que estos no pertenecen a la carrera administrativa.

Por otro lado, en la Sentencia del 20 de junio de 2002 siendo Consejera Ponente la doctora Ana Margarita Olaya Forero, esta fue la posición que se adoptó en el caso examinado:

“Ciertamente, no pueden predicarse iguales derechos de quien se encuentra nombrado en provisionalidad respecto de quien se halla designado en propiedad, pues si bien aquella modalidad de provisión no genera por sí misma inamovilidad, sólo puede cederse su titularidad cuando el cargo ha de proveerse con quien ha superado el respectivo concurso de méritos. En tal situación, puede afirmarse que los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública tienen una estabilidad restringida, pues, para su desvinculación, debe mediar por lo menos un acto administrativo motivado como garantía plena del debido proceso (artículo 29 Constitucional)... La anterior afirmación, tiene fundamento constitucional en el artículo 53, que consagra como principio mínimo fundamental el de la estabilidad laboral, el cual sólo podrá ser afectado cuando se trate de atender intereses de carácter general, situaciones en las cuales podrían verse sacrificados, según el caso, derechos particulares o individuales.... se exige que la decisión de desvinculación se adopte esencialmente por necesidades del servicio, pues el acto de retiro en estos casos debe siempre estar motivado para que pueda ser ejercida la defensa de sus derechos, por el afectado.”

Este panorama era mucho más garantista para el empleado provisional, quien ostentaba, en palabras del Consejo de Estado, una “estabilidad restringida”, basada en los mismos fundamentos constitucionales que la Corte Constitucional les otorgaba a estos empleados mediante la “estabilidad relativa” que desarrollaba en sus pronunciamientos.

Posición que se ratificó en la Sentencia de 22 de agosto de 2002, C. P. Alberto Arango Mantilla, al establecer:

“...en recientes pronunciamientos, esta Sala ha venido admitiendo que los servidores públicos vinculados de manera provisional adquieren una estabilidad restringida, es decir, que si bien no pueden equiparse a los empleados inscritos en carrera, tampoco es viable hacerlos equivalentes a los empleados de libre nombramiento y remoción. A diferencia de lo que se presenta en las categorías mencionadas, el retiro de estos empleados exige una motivación en el acto que indique las necesidades del servicio que justifican el retiro del servidor o, sencillamente, que su desvinculación obedezca a que se ha provisto el empleo como resultado del concurso.”

Sin embargo, como se enunció con anterioridad, otro rumbo tomaba la subsección “B” quien fundamentaba sus decisiones con base en lo establecido en el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973; el artículo 7° del Decreto reglamentario 1572 de 1998, y la Ley 443 de 1998; pues les facultaba para: “En cualquier momento poder declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la

providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.”

Pero esta dicotomía no permanecería indefinida en el tiempo, por ello y con el fin de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el tema del nombramiento en provisionalidad en cuanto la estabilidad en el empleo, en Sentencia del 13 de marzo de 2003, con ponencia del Consejero Tarsicio Cáceres Toro, se instituyó:

"Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

(...)

Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma "discrecional" por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente.

(...)

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.

(...)

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeña.

Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. Entonces, si quien ejerce un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio, bien puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo por la vía del concurso, nuevamente se podrá designar la persona para que lo ejerza mediante nombramiento en provisionalidad.

Y, dado que esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables (...)

No es posible considerar que el acto de su remoción del empleo adolezca de INDEBIDA MOTIVACIÓN, ni que esté incurso en la causal de VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO porque, como ya se dijo, la normatividad que consagra unas circunstancias de retiro, procedimiento y recursos es para el personal de carrera."

Así las cosas, podemos concluir que:

1. No es posible admitir un privilegio de estabilidad para los nombramientos provisionales que solo le es propio de los empleados de carrera administrativa
2. La permanencia en los cargos de carrera por un empleado en provisionalidad no se encuentra condicionado a la ejecución del concurso de méritos, sino cuando este haya superado de manera satisfactoria las etapas de un proceso de selección y se obtenga calificación satisfactoria.
3. El nombramiento provisional está autorizado para los cargos de carrera administrativa que no hayan sido surtidos por concurso de méritos y no se asimila al cargo de libre nombramiento y remoción. No obstante, dada la igualdad para su ingreso, resulta posible aplicarle para su retiro las reglas de la discrecionalidad.
4. No es viable pensar que el acto de remoción del empleo de un servidor provisional viole el derecho fundamental al debido proceso, porque la normatividad vigente solo consagra causales de retiro, procedimiento y recursos para los empleados de carrera administrativa. Además, debe presumirse que la insubsistencia se inspira en razones de buen servicio, la cual en todo caso puede ser agotada en sede judicial.

Unificación de jurisprudencia.

Referenciada entonces las posiciones adoptadas por las altas Corporaciones, las cuales marcaron las rutas de dos senderos totalmente para que anduviera el empleado provisional; debió la Corte Constitucional, como garante de los derechos fundamentales, buscar nuevas alternativas para proteger sin más tropiezos los derechos fundamentales de quien se empleaba en provisionalidad con el Estado; llevándola a garantizarle a toda persona, en sede de revisión de tutela, el ejercicio del recurso judicial efectivo consagrado en el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De esta manera la Corte consolidó su jurisprudencia el 16 de noviembre de 2010 en la Sentencia de Unificación 917 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, con la finalidad de zanjar el fenómeno que a lo largo de 12 años se venía configurando para los empleados provisionales del Estado: "el desconocimiento del precedente constitucional" por parte de las entidades estatales y la jurisdicción administrativa, especialmente el Consejo de Estado, en el tratamiento adoptado en las decisiones de separación de su cargo. Así es como en aplicación de la figura de la Tutela contra Sentencia judicial, la Corte estableció unos mecanismos de protección constitucional a adoptar en el curso de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la justicia de los demandantes, los cuales deberían aplicarse en los siguientes casos:

1. Proceso ordinario en el que uno de los fallos de instancia ha sido conforme a la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional: el juez de tutela en este caso debe dejar sin efecto la sentencia contraria al precedente y, en su lugar, confirmar el fallo de instancia que se ajusta a la jurisprudencia constitucional.
2. Cuando ninguna decisión de instancia se ajusta a la jurisprudencia constitucional y no es posible entonces dejar ninguna en firme: caso en el cual deberá el juez de tutela dejar sin efecto el fallo de última instancia y ordenar que se dicte uno nuevo ajustado al precedente constitucional.
3. Cuando en oportunidades precedentes se ha ordenado dictar un nuevo fallo pero el juez de instancia se niega a proferirlo o lo hace en contravía las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional, a sabiendas de que la protección efectiva de los derechos fundamentales resultará afectada: En estos casos el juez de tutela, y muy especialmente la Corte Constitucional, debe tomar directamente las medidas necesarias, debiendo incluso dictar sentencia sustitutiva o de remplazo, toda vez que no habría otra alternativa para garantizar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales de los demandantes y con ello el derecho de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad.

Resalta la Corte que la sentencia de remplazo tiene su razón de ser, para el caso concreto de los provisionales separados de su cargo por acto administrativo sin motivación, porque:

1. Las circunstancias demuestran la negativa del Consejo de Estado para cumplir lo dispuesto por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela.
2. El Consejo de Estado ha desobedecido el llamado de la Corte Constitucional para el cumplimiento de fallos de tutela relacionados específicamente con la motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad.
3. La sentencia de remplazo atiende el llamado hecho por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para brindar a toda persona un recurso judicial efectivo que asegure la protección de sus derechos fundamentales.
4. La sentencia de remplazo se instituye en el recurso judicial efectivo para garantizar la inmediata protección de los derechos afectados tanto por la administración como por los jueces de instancia, pues de no ser así los demandantes se verían en la necesidad de acudir a otros medios judiciales cuando existe claridad de que el derecho les asiste.

No obstante lo anterior, la Corte deja claro que estas circunstancias no generan “fuero de inamovilidad” pues la separación del cargo de un empleado en provisionalidad podrá hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley, siempre y cuando medie la motivación del acto.

Planteada así la posición unificada de la Corte Constitucional, que buscó remediar en alguna medida la desatención a sus pronunciamientos y la aplicación efectiva del precedente constitucional; nos encontramos con que dos meses atrás la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante Sentencia de septiembre 23 de 2010, C. P., Gerardo Arenas Monsalve, y en vigencia de la ley 909 de 2004, replanteo su última posición unificada adoptada, que aunque fundamentada en aspectos meramente legales y no en pronunciamientos jurisprudenciales de rango constitucional; giraba en torno a establecer

que dado que la norma citada junto con su decreto reglamentario 1227 de 2005 configuraron unas circunstancias específicas para quien ocupara un cargo en provisionalidad, “... **solo mediante acto motivado** el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del termino de duración del encargo, de la prorroga o del nombramiento provisional.” (Negrilla fuera de texto)

“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el párrafo 2° del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2°, art. 41 Ley 909 de 2004).”

Así las cosas podemos aseverar que, aun cuando con motivaciones de fondo muy disímiles, surgió un criterio unificador entre las altas Cortes, el cual dio lugar a concluir sobre el particular, que el cargo de provisionalidad: **(1)** es un cargo de carrera provisto temporalmente a través de un nombramiento en provisionalidad, **(2)** cuyas causales de retiro son procedentes sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley (la calificación de desempeño, la comisión de faltas disciplinarias o la provisión del cargo por concurso de méritos); razón por la cual **(3)** el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado; esto aun cuando **(4)** no goce de los derechos y privilegios de un empleado de carrera en propiedad dado que su ingreso no fue producto de un concurso de méritos, **(5)** no pudiendo ser posible de esta manera asimilarlo al cargo de libre nombramiento y remoción.

Protección constitucional del empleado provisional bajo otras circunstancias.

Los empleados provisionales no solo han acudido a la acción de tutela para la salvaguarda de su relación laboral con el Estado cuando han visto comprometido su derecho fundamental del debido proceso y el ejercicio del recurso judicial efectivo, por la expedición de un acto administrativo que los separa de su cargo sin mediar motivación. Sino que también han recurrido a ella apelando la protección de otros derechos fundamentales que paradójicamente, como su relación laboral con el Estado, de manera temporal les ha dado la opción de continuar en el cargo.

Resalta principalmente lo estudiado en su oportunidad por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 446 del 26 de mayo de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; en la que se puntualiza la condición que envuelve la relación de los servidores en provisionalidad con el Estado traducida en una estabilidad relativa laboral, como ya lo hemos explicado; quienes pueden ser desvinculados de su cargo para proveerlos con una

persona de carrera, situación que debe ser claramente expuesta en el acto de desvinculación. Lo que de ninguna forma vulneraría derecho alguno de estos funcionarios, dado que la estabilidad relativa de la que goza cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

Lo anterior, sin desconocer la obligación a cargo de las entidades estatales de brindar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: (1) las madres y padres cabeza de familia; (2) las personas que estaban próximas a pensionarse, y (3) las personas en situación de discapacidad. Proveyendo, en los términos del artículo 13 de la Constitución Política, mecanismos que les garanticen ser las últimas en ser desvinculadas, sin llegar al extremo de afirmar que dicho trato les otorga un derecho indefinido para permanecer en un empleo de carrera, dado que predominará el derecho de quien gano concurso de méritos.

Cabe resaltar que aun cuando el llamado “reten social” antes referenciado, en virtud del programa de renovación de la administración pública contenido en la Ley 790 de 2002, se estableció para renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional; por razones de igualdad material propias del Estado Social de Derecho, los entes que quedan excluidos de esta norma deberán prestar especial atención a que sus actuaciones no contraríen el trato preferencial a las personas atrás mencionadas.

Conclusiones.

Es factible afirmar que en gran medida fueron alcanzadas las expectativas que se plantearon al inicio de este documento, toda vez que se logró establecer que la figura del empleado público provisional corresponde a una subcategoría de la clasificación consagrada en el artículo 1° de la Ley 909 de 2004, que si bien no se encuentra establecida como tal en dicho artículo, es desarrollado por el artículo 25 de la Ley con la finalidad de amortiguar temporalmente una situación administrativa laboral muy común en nuestras entidades estatales, la vacancia temporal o “definitiva” de los cargos de carrera que no pueden ser provistos mediante la figura del encargo y cuyo concurso de méritos esta por ejecutarse.

Se consiguió determinar luego de un estudio legal y jurisprudencial, que el cargo de provisionalidad al ser una subcategoría de los empleos de carrera de la administración, tiene unas particularidades especiales que se fundamentan en su denominación, es decir, si bien la figura fue creada con el fin de que el servidor ejecutara labores propias de un empleado de carrera administrativa, su condición transitoria o provisional, y sobre todo el hecho de no haber accedido al cargo de la manera que lo establece la ley para dichos cargos, no lo hace acreedor de los derechos consagrados para ellos y mucho menos de la garantía de estabilidad laboral de que gozan. Su condición de provisional ante el Estado, y solo por el tiempo que dure la vacancia del cargo, le garantiza exclusivamente una estabilidad laboral relativa o restringida, que se traduce en el ejercicio de solo algunos pocos derechos laborales propios de los empleados de carrera administrativa, y las causales de separación del cargo son procedentes sólo y de conformidad con las consagradas en la Constitución Política y la ley: la calificación de desempeño, la comisión de faltas disciplinarias o la provisión del cargo por concurso de méritos; razón por la cual el acto administrativo que disponga su retiro del cargo debe ser motivado por el nominador, no solo con el ánimo de

garantizarle el derecho fundamental del debido proceso y la aplicación efectiva del precedente constitucional; sino porque así lo establece la ley.

Se pudo establecer igualmente que el cargo de provisionalidad no es posible asimilarlo a uno de libre nombramiento y remoción, pues si bien comparten la característica de la discrecionalidad a la hora de proveerlo, no lo hacen al momento de la desvinculación. Además es conocido que el cargo de libre nombramiento y remoción opera para cargos de confianza, que generalmente se encuentran en los niveles asesor o directivo; mientras que los cargos de carrera administrativa, que pueden ser ocupados por provisionales, comprenden sobre todo los niveles: asistencial, técnico y profesional.

Por último se identificó que dentro de esas prerrogativas relativas que le otorga la Constitución y la Ley al empleado provisional, se encuentra el llamado “reten social” que le garantiza a aquel debido a su condición ser desvinculado del cargo en último lugar, sin que ello le otorgue un derecho indefinido para permanecer en un empleo de carrera, toda vez que predominará el derecho de quien gane el concurso de méritos para proveer la plaza.

BIBLIOGRAFÍA.

RODRÍGUEZ R., Libardo. DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO. 14ª Edición. Bogotá: Temis. 2005. 568 p. ISBN 958-35-0509-7

LLERAS CAMARGO, Alberto. LA CARRERA ADMINISTRATIVA. En: Carta Administrativa. N°. 319. septiembre de 2007; pp. 19-22. ISSN: 0120-193X

VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul.[jeanpvasquez@hotmail.com] SUPRESIÓN DE CARGOS PÚBLICOS E INCORPORACIÓN DE EMPLEADOS EN LA NUEVA PLANTA DE PERSONAL. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA DIFERENCIA POSITIVA. [En línea]. En: Justicia Juris. Vol. 6, N°11 Abril - Septiembre de 2009; pp.89-104. Disponible en: [http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-6-no-11/art-8.pdf]. Consultado: 04, junio, 2013. ISSN: 1692-8571

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia C-479/92. Trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992). M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-020, D-025, D-031, D-040.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia C-299/94. Treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994). M.P. Antonio Barrera Carbonell. Exp. D-455.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia C-037/96. Cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. P.E.-008.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Novena. Sentencia T-800/98. Catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. T-179.755.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia SU 250/98. Veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Exp. T-134192.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Novena. Sentencia T-752/03. Veintiocho (28) de agosto de dos mil tres (2003). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Exp. T-727626.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Sexta. Sentencia T-1159/05. Diecisiete (17) de noviembre de dos mil cinco (2005). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Exp. T-1159818.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Quinta de Revisión. Sentencia T- 729/07. Trece (13) de septiembre de dos mil siete (2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Exp. T-1645471.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-010/08. Diecisiete (17) de enero de dos mil ocho (2008). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Exp. T-168304.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia C-431/10. Dos (2) de junio de dos mil diez (2010). M.P. Mauricio González Cuervo. Exp. D-7916.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia SU-917/10. Dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010). M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Exp. T-2116104 (acumulados).

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia SU-446 /11. Veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. T- 2643464 (acumulados).

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia SU 446/11. Veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. T-2.643.464 (acumulados).

Corte Constitucional (Colombia). Sala Primera de Revisión. Sentencia T-017/12. Veinte (20) de enero de dos mil doce (2012). M.P. María Victoria Calle Correa. Exp. T-3140852.

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda. Sentencia de Julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y tres (1993). C. P. Clara Forero de Castro. Rad. 5083.

Consejo de Estado (Colombia). Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia de junio veinte (20) de dos mil dos (2002). C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Rad. 25000-23-25-000-1999-3487-01(4084-01)

Consejo de Estado (Colombia). Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia de agosto veintidós (22) de dos mil dos (2002). C.P. Alberto Arango Mantilla. Rad. 17001-23-31-000-1997-0048-01(1903-01)

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda. Sentencia de marzo trece (13) de dos mil tres (2003). C. P. Tarsicio Cáceres Toro. Rad. 76001-23-31-000-1998-1834-01.

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda Subsección "A". Sentencia de junio treinta (30) de dos mil cinco (2005). C. P. Ana Margarita Olaya Forero. Rad. 760012331000200101469-01(3211-04)

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda Subsección "B". Sentencia de abril veinticuatro (24) de dos mil ocho (2008). C. P. Jesús María Lemos Bustamante. Rad. 25000-23-25-000-2002-08677-01(6678-05)

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda. Sentencia de septiembre veintitrés (23) de dos mil diez (2010). C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda Subsección "B". Sentencia de febrero diecisiete (17) de dos mil once (2011). C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 05001-23-31-000-2004-03585-01(1543-10)2-00006-01(AC)

Congreso de la República (Colombia). LEY 909 DE 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Colombia: Congreso de la República, 2004, 80 p.

Congreso de la República (Colombia). LEY 27 DE 1992. Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de

personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones. Colombia: Congreso de la República, 1992, 10 p.

Congreso de la República (Colombia). LEY 443 DE 1998. Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones. Colombia: Congreso de la República, 1998, 45 p.

Congreso de la República (Colombia). LEY 790 DE 2002. Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República. Colombia: Congreso de la República, 2002, 15 p.

SAMPER PIZANO, Ernesto. DECRETO REGLAMENTARIO 2329 DE 1995. Por el cual se reglamenta el capítulo I del Decreto Ley No. 1222 de junio 28 de 1993, los artículos 7 y 10 de la Ley 190 de 1995 y se dictan otras disposiciones. Colombia: Presidencia de la República, 1995, 15 p.

SAMPER PIZANO, Ernesto. DECRETO REGLAMENTARIO 1572 DE 1998. Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998. Colombia: Presidencia de la República, 1998, 15 p.

PASTRANA ARANGO, Andrés. DECRETO REGLAMENTARIO 2504 DE 1998. Por el cual se modifican los artículos 2, 4 y 12 (transitorio), 130, 131, 135, 149, 151, 154, 155 y 156 del Decreto 1572 de 1998. Colombia: Presidencia de la República, 1998, 10 p.

URIBE VÉLEZ, Álvaro. DECRETO REGLAMENTARIO 1227 DE 2005. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998. Colombia: Presidencia de la República, 2005, 50 p.

Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto 02-4495 de marzo treinta y uno (31) de dos mil nueve (2009).



Algunas tensiones a la hora de entender el derecho al medio ambiente de los pueblos indígenas originarios¹

Boris Paul Martínez Ferro

Abogado y profesor de la Universidad de Puno, Perú. Magíster en Derecho y medio ambiente de la Universidad Internacional de Andalucía, España. Miembro de la comunidad Quechua y constante investigador social sobre los derechos de los pueblos indígenas

¹ Artículo, fruto de las investigaciones que constantemente desarrolla el autor sobre el tema de los derechos humanos y los pueblos indígenas. Sus publicaciones al respecto son variadas, y contienen numerosas consideraciones sobre el tema de los pueblos indígenas y su relación con varios campos del derecho; en este caso, el derecho ambiental.

Resumen.

El tratamiento jurídico internacional a los pueblos indígenas, que se nutre de la disciplina del derecho internacional de los derechos humanos, puede mostrarse a su vez como el puente hacia los derechos ambientales, siempre y cuando se aminoren algunos de sus axiomas heredadas de la tradición occidental. Este artículo trata de marcar esos posibles entrecruces, y a su vez, las principales tensiones a resolver, de querer lograr un adecuado diálogo entre ambos campos.

Palabras Claves: Derecho ambiental; Derecho Internacional; Derechos Humanos; Indigenismo.

Algunas tensiones a la hora de entender el derecho al medio ambiente de los pueblos indígenas originarios.

Consideraciones iniciales

Para nadie es desconocido que la severa “crisis ambiental” por la que hoy atravesamos se debe a factores concurrentes propios del desarrollo de las conductas antropocéntricas del ser humano². Así, la crisis de conciencia ambiental³, la contaminación⁴, la degradación⁵ y la depredación ambiental⁶, son algunos de los factores que han venido influyendo decididamente en la caracterización de la referida “crisis ambiental”; lo que está produciendo impactos muy negativos en nuestro medio ambiente, deteriorándolo y afectando la vida de todo cuanto existe en el planeta.

Es este creciente deterioro y afectación, junto al despertar de conciencia de la humanidad, lo que ha conducido y/o permitido la formulación de un derecho al medio ambiente que responda justamente a esos escenarios reales y críticos en que vivimos hoy en día.

No fue hasta la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada Estocolmo, en el año de 1972⁷, que las Organizaciones Internacionales y los Estados parte comenzaron a tomar una mayor conciencia ambiental, a legislar en la materia, y a buscar soluciones y alternativas a los problemas ocasionados por el abuso excesivo e irracional de los recursos naturales. Sin embargo, esta visión es sesgada porque no toma en cuenta, mucho menos reconoce, el cuidado y respeto que por siglos han tenido los pueblos indígenas a la madre tierra⁸, denominada indistintamente como medio ambiente, naturaleza, tierra, etc.

También tuvo vital importancia la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en el año de 1992, pues reafirmó los avances y

² Esta conducta fuertemente antropocéntrica e individualista, desarrollada en la modernidad, mostró un ser humano soberbio y arrogante sobre todo con respecto a la naturaleza, creyendo que la misma le pertenece, envanecido por su tecnología con la que cree que todo lo puede y no concibiéndose como parte de ella, decidió enfrentar la tarea de dominarla y servirse de sus componentes sin el menor reparo.

³ Es el principal factor contributivo de la crisis, pues la crisis no es un problema de agotamiento y degeneración ambiental, sino de conciencia ambiental.

⁴ Viene a ser la alteración que resulta desfavorable para el entorno natural y que es consecuencia, directa o indirecta, de la actividad humana

⁵ Es la pérdida progresiva de la aptitud de los recursos naturales para prestar bienes y servicios a la humanidad, así como la del medio físico para albergarnos en condiciones en vida y sanidad.

⁶ Referida al uso no sostenible de los recursos naturales renovables, es decir, aquel que excede la capacidad de carga del recurso, impidiendo su capacidad de regeneración por resiliencia.

⁷ En esta Conferencia Internacional se adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, que es considerada como la base del derecho internacional del medio ambiente, y la base conceptual de las legislaciones internas protectoras del mismo.

⁸ Madre tierra o Pachamama en el idioma de los pueblos Quechuas y Aymaras del Perú.

compromisos asumidos en la Conferencia de Estocolmo, y proclamó: “*los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza*”⁹. Asimismo, se reconoció el aporte del conocimiento y las prácticas tradiciones de los pueblos indígenas en el cuidado del medio ambiente¹⁰.

Son estas dos conferencias mundiales, las que van a dar un verdadero vuelco a todo el sistema político, jurídico, social, cultural y económico existente hasta ese momento, pues ambas contribuyeron a incrementar la conciencia ambiental, y a formar nuevas visiones sobre el manejo del medio ambiente, dando lugar a convenios multilaterales y acuerdos, entre otros, que marcaron el camino en la construcción de todo un sistema internacional y nacional para la protección del medio ambiente.

Sus vínculos con el(los) derecho(s) ambiental/humano(s).

La evolución paralela e indistinta del derecho internacional del medio ambiente y del derecho internacional de los derechos humanos, permitió, a cada uno, elaborar sus propios enfoques y lenguajes con matices diferentes que se han ido acotando posteriormente. Así, el derecho internacional de los derechos humanos adopta un enfoque antropocéntrico (valor de lo humano), basado en un lenguaje de derechos y, el derecho internacional ambiental adopta un enfoque antropocéntrico-biocéntrico (valor de la naturaleza en función del valor de lo humano), basado en un lenguaje de estándares.

A pesar de las diferencias señaladas, ambas normativas internacionales, derechos humanos y medio ambiente, han venido reconociendo la existencia de vínculos comunes a partir del reconocimiento del derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano. Así lo han reconocido y expresado una larga lista de instrumentos jurídicos internacionales que aproximan y enuncian el vínculo entre la agenda verde (el ambiente) y los derechos humanos¹¹, como por ejemplo: la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972)¹², y el Protocolo adicional a la Convención Americana en

⁹ Principio No. 1. Declaración de Río, Brasil, 1992.

¹⁰ Principio No. 22. Declaración de Río, Brasil, 1992

¹¹ ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA). *Guía de defensa ambiental: Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el sistema interamericano de derechos humanos*. 1ª ed. México D.F.: AIDA. 2008; pág. 3. [En línea] <<http://www.aida-americas.org/es/gu%C3%AD-de-defensa-ambiental-construyendo-la-estrategia-para-el-litigio-de-casos-ante-el-sistema-interam>> [2013, enero 7].

¹² Preámbulo: Apartado 2. La protección y mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos. Principio 1. El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar del bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben de eliminarse.

materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales llamado “Protocolo de San Salvador” (1988)¹³.

Asimismo, distintos organismos internacionales de derechos humanos¹⁴, a través de sus distintos mecanismos de protección¹⁵, han venido abordando y profundizando los distintos matices y vínculos que existen entre los derechos humanos y el medio ambiente. Así, se han identificado el contenido ambiental de ciertos derechos humanos protegidos, como el derecho a la vida, el acceso a la información, entre otros; y, también, se han precisado las limitaciones al ejercicio de ciertos derechos humanos por razones ambientales, como el derecho a la educación, a la identidad en el caso de pueblos indígenas, entre otros.

Igualmente, dentro del avance normativo del derecho internacional de los derechos humanos, el medio ambiente ha venido siendo definido progresivamente como un derecho humano de carácter fundamental¹⁶, que es presupuesto para el disfrute y ejercicio de los demás derechos humanos, debido a la íntima vinculación que el medio ambiente tiene con la vida, la salud y otros derechos en general. En ese mismo sentido Carmona Lara¹⁷ señala que la degradación ambiental viola los derechos humanos ya que afecta el bienestar, economía, disposición, acceso y aprovechamiento equitativo del agua, contamina el aire, afecta la salud, y altera la calidad de vida, en síntesis, impide que se den las condiciones que son el sustento para la existencia de todos los que los detentan, debido a que impide el disfrute del derecho a vivir. Asimismo, se le ha enmarcado dentro de los llamados derechos de tercera generación o los derechos de solidaridad¹⁸.

¹³ Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

¹⁴ Los dos órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Comisión y Corte), han venido abordando la temática ambiental a partir de los derechos humanos de los pueblos indígenas, vinculados en su mayoría al derecho sobre sus tierras, territorio y recursos naturales.

¹⁵ Como medidas cautelares, medidas provisionales, visitas, informes y otras que existen en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

¹⁶ Como se puede apreciar del apartado 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...*”, y del artículo 11, sobre el derecho a un medio ambiente sano, del Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

¹⁷ CARMONA LARA, María del Carmen. Derechos Humanos y Medio Ambiente. En *Derechos Humanos y Medio Ambiente*. México, D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. 2010; pág. 4.

¹⁸ Un concepto de los derechos humanos de tercera generación, denominada también derechos de la solidaridad, se deriva de la doctrina de los derechos del hombre de la solidaridad, elaborado por Karel Vasak en los principios de los años setenta.

La emergencia de los derechos de los pueblos indígenas.

Hasta hace poco, ningún instrumento de derechos humanos hizo referencia en su articulado a los derechos específicos de los pueblos indígenas, muy por el contrario establecieron un catálogo de derechos, inspirados fuertemente en concepciones hegemónicas individuales y universalistas, que buscaron homogenizar e invisibilizar sus derechos específicos como pueblos diferenciados. En ese mismo sentido STAVENHAGEN señaló que: “*Los derechos de los pueblos indígenas llegaron tarde al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Los instrumentos básicos del sistema ni siquiera los mencionan. Ni la Declaración de Bogotá ni el Pacto de San José de Costa Rica hacen mención de los pueblos indígenas en el continente, probablemente porque en la época en que fueron redactados estos textos prevalecía la perspectiva que bastaba con proclamar “derechos universales” para que toda persona, “sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”, pudiera disfrutarlos plenamente*”¹⁹.

Fue la emergencia de los pueblos indígenas, en el plano internacional y nacional, a partir de la década de los años ochenta, lo que originó algunos cambios significativos en la protección de sus derechos. Así, a nivel internacional se iniciaron debates en torno a la adopción de instrumentos internacionales de protección de los derechos específicos de los pueblos indígenas²⁰, y a nivel nacional, muchos Estados realizaron reformas en sus constituciones²¹ y/o legislaciones internas en torno al reconocimiento de estos derechos.

Es en este contexto, en donde comienza a tener un impacto, cada vez más importante, la labor de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²², desde la década de los ochenta ha venido elaborando informes anuales y especiales sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en el continente. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³, ha venido plasmando una jurisprudencia cada vez más específica y precisa en torno al contenido de los derechos de los pueblos indígenas²⁴.

¹⁹ STAVENHAGEN, Rodolfo. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas. En: *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el Contexto Internacional*. Cuadernos IDECA Observatorio Pueblos Indígenas. No. 1. Puno: Ed. Sagitario Impresores. 2010; pág. 61.

²⁰ A nivel universal, en 1989, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), inicia negociaciones para la adopción de una Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (posteriormente adoptada en el año de 2007). A nivel regional de la Organización de Estados Americanos, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, inicia trabajos conducentes a la adopción de una Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

²¹ Un ejemplo de ello, lo tenemos la reforma constitucional de la República de Argentina, que en el año de 1994 incorporó el nuevo inciso 17 del artículo 75, que señala, que corresponde al Congreso: “*Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos*”.

²² En adelante: Comisión ó Comisión Interamericana.

²³ En adelante: Corte o Corte Interamericana.

²⁴ Sin lugar a dudas, fue a partir del caso *Awas Tingni*, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha venido siendo más elaborada en relación al contenido específico de los derechos de

Sin embargo, pese al avance, normativo y jurisprudencial, existente en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, se observa, tanto en el plano internacional como nacional, un reiterado incumplimiento por quienes están obligados a garantizarlos.

Los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

La coexistencia entre derechos individuales y derechos colectivos nace desde los principios de la sociabilidad humana, considerando que el ser humano no sólo es individuo sino esencialmente parte de algún referente social colectivo. Si bien a lo largo de la historia se ha privilegiado un derecho sobre el otro, de acuerdo a ciertos parámetros ideológicos, la eliminación por completo del uno a favor del otro nunca fue posible²⁵.

Muestra de ello, es la normativa internacional de derechos humanos, que desde sus inicios, y fundamentalmente con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), se ha centrado fuertemente en la visión de derechos individuales y universales. Y aunque la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), hayan dado inicio a la estructuración de una visión colectiva de los derechos humanos²⁶, ésta no dejó de ser y representar, en esencia, la visión occidental de los derechos humanos. Por tanto, no ha sido fácil que el discurso de los derechos humanos, tan orientado hacia las libertades fundamentales de las personas, incorpore el concepto de derechos colectivos²⁷.

Fue, desde luego, el avance paulatino de una percepción y reconocimiento de sociedades plurales, debido, entre otras cosas, a la emergencia y demanda permanente de los pueblos indígenas por su reconocimiento como sujetos de derechos colectivos y diferenciados del resto de la sociedad dominante, lo que permitió la adopción de instrumentos internacionales como: el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo²⁸, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁹, basados ahora en una visión colectiva y específica de los derechos humanos.

los pueblos indígenas en el continente americano. Asimismo, este caso marcó un parteaguas en el derecho internacional indígena porque subraya, por primera vez, la estrecha relación entre los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos indígenas con respecto al derecho de propiedad de la tierra.

²⁵ MOLINA RIVERO, Ramiro. Los Derechos Individuales y Colectivos en el marco del Pluralismo Jurídico en Bolivia. En: *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*. Primera edición. Bolivia: Ed. Garza Azul. 2011; pág. 53.

²⁶ Muestra de ello es el texto común de su artículo 1, reconocen el derecho de: “*Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación...*”.

²⁷ STAVENHAGEN, Rodolfo. Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos. En *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao, España: Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. 2006; pág. 26.

²⁸ En adelante Convenio No. 169 ó Convenio No. 169 de la OIT.

²⁹ En adelante Declaración de Naciones Unidas ó DNUDPI.

Sin embargo, a pesar de la adopción de estos instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas se han venido generando opiniones, a favor y en contra, sobre la existencia o no, de una relación conceptual entre los derechos individuales y colectivos.

Por un lado se viene manifestando que no existe tal relación conceptual, debida fundamentalmente a que los derechos colectivos son aquellos que corresponden a un titular que no es un individuo o persona natural, sino una entidad colectiva natural con intereses colectivos y personalidad propia, distinta y diferenciada de los sujetos individuales que la integran.

Por otro lado, se manifiesta que para los pueblos indígenas el pleno ejercicio de sus derechos individuales pasa por el pleno ejercicio de sus derechos colectivos, y que por tanto, sus derechos colectivos se complementan con sus derechos individuales, como es el caso de sus derechos a: la libre determinación, el territorio, la educación, la cultura, y otros que no pueden ser gozados plenamente si no se reconocen las unidades colectivas a las que pertenecen los indígenas (pueblos, comunidades, tribus, naciones). Siendo ésta la postura que mayor acogida ha venido teniendo en las distintas instancias nacionales e internacionales.

Tensiones entre el(los) derecho(s) ambiental/humanos y los derechos de los pueblos indígenas.

Antes de abordar el tema, creo importante señalar que a partir de la cosmovisión de cada pueblo, se forja una identidad, individual y colectiva que conforma la base y sustento de cada pueblo, pues a partir de ella se constituyen sus formas de estructura y organización cultural, social, económica, política y jurídica. Así, tanto el derecho ambiental como los derechos de los pueblos indígenas tienen como base y sustento una cosmovisión que orienta el sentido y desarrollo de su normativa.

En ese sentido, el derecho ambiental al ser definido como: *“el conjunto de reglas jurídicas y estrategias ambientales que el hombre articula en pro del desarrollo sostenible”*³⁰, tiene como base de sentido y desarrollo en su normativa a la cosmovisión occidental o cosmovisión dominante, caracterizada por poseer un enfoque fuertemente antropocéntrico y liberal, resultado de las visiones greco-latina, judeo-cristiana, liberal y positivista.

Esto es así porque si bien el derecho ambiental busca el cuidado y la protección del medio ambiente a través de modelos, políticas y programas de desarrollo, lo hace en función de la preservación de la especie humana. Por tanto, es importante comprender que el cuidado del medio ambiente no es una preocupación del derecho ambiental por la naturaleza, sino más bien un esfuerzo de conservación del hombre mismo.

El derecho de los pueblos indígenas, sobre todo su derecho originario/tradicional, se sustenta en una cosmovisión distinta a la occidental, pues no es antropocéntrica, por el contrario es holística y relacional, en donde todos, humanos, animales, plantas, ríos,

³⁰ LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *Derecho Ambiental Contemporáneo: Crisis y Desafíos*. Primera edición. Lima: Ed. San Marcos. 2011; pág. 101.

estrellas, cerros, etc., son parte del “cosmos”, y están en continua relación, equilibrio, reciprocidad y complementariedad. Así para el indígena todo tiene vida y todo merece respeto. Por tanto, toda su organización parte de esa concepción cosmocéntrica, y un reflejo de ello se encuentra también en su propio derecho indígena.

Si bien hay un avance en el reconocimiento específico de los derechos de los pueblos indígenas a través de la adopción de instrumentos internacionales como el Convenio No. 169 de la OIT y la DNUDPI, y algunas sentencias de organismos internacionales, que reconocen el vínculo que existe entre el indígena y la madre tierra y de todo cuanto le rodea, estos resultan ser también antropocéntricos pues tienen como fin principal solo al ser humano. Estos puntos serán abordados de manera puntual en un capítulo posterior.

Sin embargo, de un tiempo a esta parte se ha dado también un giro y avance espectacular en algunos países de la región; nos referimos a Ecuador y Bolivia, que han reconocido derechos de la madre tierra (Pachamama). Así la Constitución de Ecuador establece que: *“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.”*³¹; del mismo modo la Ley de Derechos de la Madre Tierra de Bolivia establece que: *“La madre tierra tiene los siguientes derechos: a la vida, a la diversidad de la vida, al agua, al aire limpio, al equilibrio, a la restauración, a vivir libre de contaminación”*³². Estos reconocimientos, resultaron hechos escandalosos para muchos países de occidente que no conciben, por su cosmovisión y forma de ver y entender su mundo, que la naturaleza pueda tener derechos, algo que de acuerdo a la cosmovisión de los pueblos indígenas es completamente normal y justo.

Por tanto, no concebir el derecho ambiental de cada pueblo conforme a su propia cosmovisión, como ha sido y sigue siendo aún en muchas partes de la región, a pesar de los avances del pluralismo normativo, es terminar esencializando el derecho ambiental solo de una cosmovisión, en este caso occidental.

Sin embargo, a pesar de las diferencias y tensiones señaladas entre el derecho ambiental y el derecho de los pueblos indígenas, existe una preocupación compartida por el cuidado y la preservación del medio ambiente; queda, por tanto, el reto de articular y sintonizar canales de diálogo entre ambos para el logro de un mundo mejor para todos.

Vínculos entre el medio ambiente y los pueblos indígenas.

Las relaciones y vínculos son tan amplios y diversos como culturas y pueblos indígenas existen en el mundo. Aunque es importante señalar que el único denominador común que existe entre todos estos pueblos es la intensa y profunda importancia que esta relación tiene para sus miembros.

³¹ Artículo 71, Capítulo Séptimo: Derechos de la naturaleza, Constitución Política de Ecuador de 2008.

³² Artículo 7, Capítulo III sobre Derechos de la Madre Tierra, Ley No. 071 sobre Derechos de la Madre Tierra, 2010.

Para los pueblos indígenas u originarios andinos, en referencia a los pueblos Quechua y Aymara, la madre tierra (Pachamama) representa a su madre, pues son hijos e hijas de ella y al ser así le tienen un profundo respeto y agradecimiento. Asimismo, los ríos, los animales, vegetales y todo cuanto éste en ella son sus abuelos y abuelas, hermanos y hermanas, a quienes también tienen un profundo respeto y agradecimiento. Así, la madre tierra es fuente de vida de todo cuanto existe en su entorno, es la proveedora de alimento y de salud, y es el soporte de su identidad como pueblo.

Para tener más herramientas e intentar comprender de mejor manera la relación del medio ambiente y/o naturaleza con los seres humanos o comunidades de humanos, la completaremos con las cosmovisiones³³ que hay desde la cultura occidental y la cultura originaria / indígena andina³⁴, que desarrollamos a continuación.

Cosmovisión occidental.

Generalmente, cuando se habla de “cosmovisión” se hace referencia a la cosmovisión de los pueblos originarios o indígenas, pasándose por alto que en nuestras sociedades existe una cosmovisión dominante: nos referimos a la “cosmovisión occidental”.

Dentro de esta cosmovisión podemos encontrar la existencia de dos paradigmas: uno individual extremo (denominado individualismo) y otro colectivo extremo (denominado comunismo)³⁵. Ambos centrados fuertemente en la existencia y realización de la persona, del individuo, del ser humano, sin considerar otras formas de existencia. Sin embargo, es el paradigma individual extremo, dominado por el individualismo que se encuentra “vigente”, el que ha ido determinando el sentido de la cosmovisión occidental desde hace siglos.

Y como ya dijéramos, estos paradigmas se han visto materializado en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (individualismo), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (comunismo), en donde el cumplimiento y la protección de los derechos enunciados en el segundo, a diferencia del primero, han sido relegados a un cumplimiento progresivo y no inmediato por parte de los Estados parte.

³³ Fernando Huanacuni, señala que: “Todas las culturas tienen una forma de ver, sentir percibir y proyectar el mundo, al conjunto de estas formas se conoce como *Cosmovisión o Visión Cósmica*”. HUANACUNI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. Primera edición. Lima: Ed. CAO. 2010; pág.15. De otro lado, el término “cosmovisión” (en alemán Weltanschauung), fue formulado inicialmente por autores alemanes, entre ellos destacan los filósofos Emmanuel Kant y Wilhelm Dilthey. De acuerdo a la etimología griega, cosmovisión provendría de “cosmos”, que significa el mundo o el universo, y siendo éste el elemento primigenio de cosmovisión, podría enunciarse que esta palabra involucra una visión global del mundo que surge a partir de las actividades vitales de la experiencia de la vida y de la estructura de la totalidad psíquica; estando por ende sometidas a las variaciones de la historia y de la cultura.

³⁴ Cuando hablamos de pueblos y cultura originaria andina, nos referimos a los países que están ubicados en los Andes de la región de América Latina.

³⁵ HUANACUNI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. Primera edición. Lima: Ed. CAO. 2010; pág.16.

Asimismo, podemos señalar que la cosmovisión occidental, que es el resultado de una construcción social, a lo largo de los siglos, de distintas visiones como la greco-romana³⁶, judeo-cristiana³⁷, el liberalismo³⁸ y el positivismo³⁹, que son las bases del proceso de homogenización y hegemonización de muchas culturas y pueblos en el mundo, es una cosmovisión que se ha caracterizado fundamentalmente por ser antropocéntrica, racional, machista, jerárquica, liberal y con una concepción sucesiva, lineal y teleológica del tiempo, la historia y la política.

Cosmovisión andina originaria / indígena.

La cosmovisión andina originaria e indígena se centra fundamentalmente en que todo vive, siente y piensa; que todo es importante, que no hay pequeño ni grande. Así, los miembros de los pueblos originarios / indígenas se consideran hijos del Padre Cosmos⁴⁰ y de la Madre Tierra⁴¹ del cual emerge el *ayllu*⁴², que es la comunidad de vida del cual son parte todos, las montañas, los árboles, los ríos, insectos, etc. Todo es parte de la comunidad, y por ende, el deterioro de cualquier especie parte es el deterioro de todo. Este es el sustento de la concepción de vida total de los pueblos originarios / indígenas, del cual emerge el cuidado y respeto de la madre tierra (Pachamama).

Por tanto, podemos señalar que la cosmovisión andina de los pueblos originarios o indígenas, Quechua y Aymara, es una cosmovisión cosmocéntrica, de vida de todo cuanto existe, de relación permanente, de complementariedad, equilibrio y reciprocidad con todo su entorno, y con una concepción del tiempo cíclico e infinito.

De otro lado, muchos autores críticos con la cosmovisión andina la han tildado de ser idealista e irrealista, pues en la actualidad los pueblos y sus miembros no actúan conforme a ella. Sin embargo, la cosmovisión andina se manifiesta en la vida cotidiana de los pueblos indígenas quechuas y aymaras, y no preeminente ni exclusivamente en su pensamiento o su discurso. Así, está presente en todo el desarrollo de su vida, en la forma como se expresan y relacionan, en sus ideas y creencias, en sus distintas prácticas de cuidado y respeto a la

³⁶ De la que deviene la concepción de la separación y contraposición entre lo espiritual y lo material, entre el mundo y las ideas; el pensamiento de que el ser humano es el centro del universo y la legislación del derecho de propiedad.

³⁷ Donde se considera que el hombre está llamado a dominar la naturaleza; proviene cierto nivel de intolerancia y también el concepto del bien y del mal y por lo tanto de la moralidad que predomina en nuestras sociedades actuales.

³⁸ Que ha impulsado la formal división de poderes, aunque en la práctica sean las burguesías quienes controlan el poder real; igualmente el individualismo es impulsado y ensalzado desde una visión liberal, junto al “sagrado” derecho de propiedad, además de la tergiversación del concepto de libertad que se equipara con la libertad para comerciar.

³⁹ Desde el cual solo se entiende la realidad desde la razón y desde las pruebas, datos, experimentos, etc. que corroboran el conocimiento de dicha realidad.

⁴⁰ En lengua Quechua Pachatata, que significa Padre Cosmos, Energía o Fuerza Cósmica.

⁴¹ En lengua Quechua Pachamama, que significa Madre Tierra.

⁴² El Ayllu, palabra Quechua y Aymara, significa comunidad y fue la base y núcleo de la organización social del Incanato.

madre tierra (Pachamama)⁴³, como por ejemplo en sus rituales de permiso e iniciación de sus actividades agrícolas, comerciales, entre otras. En ese mismo sentido, el Presidente de Bolivia, Evo Morales, señaló que: “...*la madre tierra es algo sagrado para la vida. Por eso, realizamos sagradamente ritos, homenajes, a nuestros ríos, a nuestros cerros, a nuestros lagos, a nuestros animales; tantas músicas como expresión de respeto a la madre tierra.*”⁴⁴.

⁴³ Un claro ejemplo de ello se puede observar incluso en las ciudades como del Alto en La Paz, Cochabamba de Bolivia, en donde las prácticas y manifestaciones de los sectores indígenas andinos son marcados por las categorías andinas, como los de la complementariedad y la reciprocidad.

⁴⁴ MORALES AYMA, Evo. La Tierra no nos pertenece, Nosotros pertenecemos a la Tierra. Mensaje a la IV Cumbre Continental de los Pueblos Indígenas del Abya Yala Puno, Perú, 29 – 31 mayo 2009. En *La Tierra no nos pertenece, nosotros pertenecemos a la tierra: Mensajes del Presidente Evo Morales Ayma sobre la Pachamama y el Cambio Climático 2006 - 2010*. La Paz, Bolivia: Ministerio de Relaciones Exteriores. 2010; pág. 51.

BIBLIOGRAFÍA.

- ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA). *Guía de defensa ambiental: Construyendo la estrategia para el litigio de casos ante el sistema interamericano de derechos humanos*. 1ª ed. México D.F.: AIDA. 2008; pág. 3. [En línea] <<http://www.aida-americas.org/es/gu%C3%AD-de-defensa-ambiental-construyendo-la-estrategia-para-el-litigio-de-casos-ante-el-sistema-interam>> [2013, enero 7].
- CARMONA LARA, María del Carmen. Derechos Humanos y Medio Ambiente. En *Derechos Humanos y Medio Ambiente*. México, D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. 2010
- HUANACUNI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. Primera edición. Lima: Ed. CAOI. 2010
- LAMADRID UBILLÚS, Alejandro. *Derecho Ambiental Contemporáneo: Crisis y Desafíos*. Primera edición. Lima: Ed. San Marcos. 2011
- MOLINA RIVERO, Ramiro. Los Derechos Individuales y Colectivos en el marco del Pluralismo Jurídico en Bolivia. En: *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*. Primera edición. Bolivia: Ed. Garza Azul. 2011
- MORALES AYMA, Evo. La Tierra no nos pertenece, Nosotros pertenecemos a la Tierra. Mensaje a la IV Cumbre Continental de los Pueblos Indígenas del Abya Yala Puno, Perú, 29 – 31 mayo 2009. En *La Tierra no nos pertenece, nosotros pertenecemos a la tierra: Mensajes del Presidente Evo Morales Ayma sobre la Pachamama y el Cambio Climático 2006 - 2010*. La Paz, Bolivia: Ministerio de Relaciones Exteriores. 2010
- STAVENHAGEN, Rodolfo. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas. En: *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el Contexto Internacional*. Cuadernos IDECA Observatorio Pueblos Indígenas. No. 1. Puno: Ed. Sagitario Impresores. 2010
- STAVENHAGEN, Rodolfo. Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos. En *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao, España: Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto. 2006.
- Constitución Política de Ecuador de 2008.
- Convenio No. 169 de la OIT.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 1972
- Declaración de Naciones Unidas ó DNUDPI.
- Declaración de Río, Brasil, 1992.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948
- Ley No. 071 sobre Derechos de la Madre Tierra, 2010.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966
- Protocolo de San Salvador, 1988