



Diálogos

de Derecho y Política

NÚMERO 15 // AÑO 6 // SEPTIEMBRE - DICIEMBRE 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

dialogosudea@gmail.com
<http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/>

Contenido

Editorial.....	4
El impuesto a la renta para la equidad (Cree): un análisis desde los principios constitucionales del derecho tributario hasta el ideal impositivo de Stiglitz. Diana Carolina Arias Aristizábal y Mónica Liliana Arias Rico.....	6
Legitimidad de la jurisdicción y de los tribunales constitucionales, necesidad de límites al poder y de garantía de derechos en Colombia después de la Constitución de 1991. Andrea Giraldo García.....	26
Pensión de invalidez de origen mixto y responsabilidad económica de las aseguradoras, en el sistema pensional colombiano. Carlos Arturo Díaz Mejía.....	41
Instituciones tradicionales del derecho penal frente al derecho internacional de los derechos humanos: una revisión sobre el principio de legalidad. Adán López Blanco.....	63
La acción de tutela contra providencias judiciales y el debido proceso. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Claudia Janneth Loaiza Henao.....	79
La intermediación procesal. Análisis sobre su consagración legal en el Código General del Proceso. Óscar Mauricio Muñoz Correa.....	101
De la responsabilidad social estatal a la responsabilidad social empresarial: gobernanza neoliberal y condicionamiento de derechos. Paula Sanín Naranjo.....	122

Editorial

Pero también una revista

“Un libro de ciencia debe ser de ciencia, pero también debe ser un libro.” La cita es de Ortega y Gasset y clavaba una queja por la manera ampulosa de escribir en su tiempo en los ambientes académicos y científicos, y el divorcio entre las humanidades y las llamadas ciencias puras.

Desde que a Descartes se le ocurriera distinguir entre materia y espíritu, o ciencias naturales y ciencias sociales, se acató sin miramientos esa frontera como venida de una especie de gran legislador. La consecuencia es que desde la ciencia social se asumió una suerte de prejuicio posmoderno de aislarse de la literatura, por ejemplo, y en cambio tratar de parecerse más a su hermana bonita, que es la ciencia exacta.

Lo curioso es que las ciencias puras no han tenido ese prejuicio, o por lo menos no en ese tamaño. En el siglo pasado, un curioso personaje, novelista y físico británico, Charles Percy Snow, expuso una famosa conferencia de título Las dos culturas. Allí hablaba de ese gran divorcio entre científicos y humanistas, el cual traía efectos tan curiosos como que un científico se avergüence por no saber quién es Shakespeare, pero a su vez, un dedicado a las humanidades pueda confesar sin empacho no saber nada de la física cuántica.

El lenguaje literario está presente en las ciencias exactas. No siempre, pero ahí están por ejemplo los escritos de Einstein o, más atrás, del mismo Galileo, quienes siendo dos de los físicos más importantes de la historia de la humanidad, se preocuparon por divulgar su trabajo en un lenguaje ameno a la mano del vulgo. Ambos apelaban también a la imaginación como el primer motor de cualquier avance científico.

Y baste recordar que los grandes inventos traídos por la técnica y la ciencia, siempre han sido como réplica, en primer lugar, de la literatura que los imaginó. Sólo con mirar el mundo actual se sabe cuánto de lo que tenemos hoy día fue, primero que todo, imaginado y pensado por un literato que lo figuró. Y no hay que recordar que no tendríamos submarinos sin Julio Verne, ni satélites sin Arthur Clarke, ni que Philip Dick fue quien primero vislumbró el totalitarismo tecnocratizado.

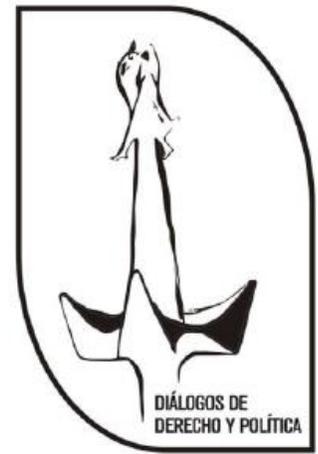
El futuro que la ciencia diseñó, lo inventó antes el arte. De igual manera, el arte a su vez es la réplica nostálgica cuando adviene un cambio que hace añorar lo pasado. Como lo anota otro personaje extraño –que tampoco cabe en la bifurcación descartiana de la ciencia– Marshall McLuhan, cuando la revolución industrial triunfó, y las máquinas se impusieron en Europa, vinieron los paisajistas, en la pintura, a replicar el campo prístino que añoraban de vuelta. De igual manera, cuando las máquinas fueron reemplazadas por el silicio, y la lógica mecánica por la digital y computarizada, vino el cubismo, a añorar la máquina, por sobre los circuitos.

Jalonan el futuro o contraen el pasado o desprecian del presente. Quizás no se equivoque Shelley cuando afirmaba que los poetas son los legisladores no reconocidos de la humanidad.

El tema es que el papel que la ciencia pura le ha dado a la literatura no ha sido igual que el concedido por la ciencia social. Hoy día, en la academia cada vez se siente más el desprecio por ella. La literatura se cambia por la objetividad, y la imaginación por el método del aprecio riguroso de los hechos.

La ciencia exacta ha tenido divulgadores científicos. La ciencia social, quizás no. ¿Sería un exabrupto, por ejemplo, pensar entonces en divulgadores para la ciencia jurídica? ¿En traductores al cotidiano de todo ese lenguaje tan variopinto a veces de abogados y juristas que usan como resorte y aderezo el “hablar bonito”?

Publicaciones como estas, de academia, de ciencias humanas, pero ante todo de gente, tendrán que ser antes que nada eso: revistas, lecturas primero que ciencia. Y por eso apostamos por pulir, decantar y bajar el lenguaje pretensioso de esos pedestales mal formados que algún sector de las humanidades se empeña en esculpir, para producir unos trabajos que se creen muy ciencia para ser claros.



El impuesto a la renta para la equidad (Cree): un análisis desde los principios constitucionales del derecho tributario hasta el ideal impositivo de Stiglitz.¹

*Diana Carolina Arias Aristizábal**
*Mónica Liliana Arias Rico***

*Abogada de la Universidad de Antioquia. Integrante del Semillero de investigación de Derecho y Economía Línea “Derecho Tributario” y Semillero de Derecho Comercial y Arbitraje, adscrito al grupo de investigación “Derecho y Sociedad”.

** Abogada de la Universidad de Antioquia. Integrante del Semillero de investigación de Estudio Internacionales línea “Derecho Económico”, adscrito al grupo de investigación “Derecho y Sociedad”.

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

Resumen.

En el presente artículo nos ocupamos de analizar el Impuesto a la Renta para la Equidad (CREE) a la luz de los Principios Constitucionales de Certeza, Legalidad, Irretroactividad, Equidad, progresividad y eficiencia que rigen el Sistema Tributario Colombiano examen que se acompaña con la formulación del Premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz, que cita como corolarios para una ideal estructura tributaria los principios de Sencillez Administrativa, Eficiencia Económica. Bajo los principios antes enunciados, demostraremos que el CREE no cumple a cabalidad con los requisitos necesarios para hacer del Sistema Tributario Colombiano una institución más acorde a las necesidades económicas y sociales. Para cumplir con este cometido, vamos a desfragmentar cada uno de los elementos del impuesto y los conjugaremos con los planteamientos dogmáticos y jurisprudenciales de la Corte Constitucional en la materia, revisaremos su pertinencia jurídica y económica para la consecución del principal objetivo del Estado Social de Derecho: garantizar la materialización del Bienestar General.

Palabras Clave: Stiglitz, CREE, Principios constitucionales, Sistema tributario.

El impuesto a la renta para la equidad (cree): un análisis desde los principios constitucionales del derecho tributario hasta el ideal impositivo de Stiglitz

1. Introducción.

En la última reforma realizada al Estatuto Tributario, uno de los más importantes cambios introducidos fue la creación del Impuesto a la renta para la Equidad -CREE- cuyo objetivo esencial es la generación de empleo, la solución de los problemas de equidad y el financiamiento de la inversión social. Sin embargo, dicho impuesto ha resultado ampliamente polémico entre los contribuyentes, ya que toca temas sensibles para un importante número de sectores y agremiaciones sociales.

Este artículo pretende demostrar como el impuesto a la Renta para la Equidad no se corresponde en estricto sentido con la principalística de Stiglitz que cita como corolarios para una ideal estructura tributaria los principios de Sencillez Administrativa, Eficiencia Económica, Transparencia, Responsabilidad Política, Flexibilidad y Justicia y solo de manera parcial trata aquellos dados en la Constitución Política, es decir los preceptos de Certeza, Eficiencia, Legalidad, Progresividad, Equidad e Irretroactividad lo cual incide directamente con la incapacidad del Estado de maximizar materialmente el Bienestar Social.

El CREE no se adapta materialmente a los preceptos constitucionales en materia tributaria, por ello cuando analizamos su coherencia con los mismo se evidencia que es ineficiente e inequitativo; es la manifestación de un legislador irresponsable políticamente que adopta medidas inflexibles y complejas; además a la hora de determinarse por la Corte Constitucional el contenido de los principios en la materia, ésta ha hecho un análisis estrictamente jurídico-formal y no se ha preocupado por el impacto la norma tributaria en general, ello ha permitido que se prediquen constitucionales disposiciones que si bien son formalmente acordes con los objetivos del Estado Social de Derecho, materialmente dejan mucho de desear.

Es cada vez más generalizada la aceptación de la necesidad de que se hagan estudios multidisciplinarios que integren saberes y metodologías como las que le son propias al Derecho y a la Economía. Por ello con este trabajo pretendemos darle una mirada multidisciplinaria a un fenómeno que siendo típicamente jurídico – la expedición de una norma- solo puede entenderse a la luz del impacto económico que podría generar a la situación Colombiana. Por lo cual nos apoyaremos en herramientas propias de la economía para hacer un análisis del Derecho Tributario.

2. Certeza, irretroactividad y legalidad en el impuesto para la equidad: un contraste con la transparencia, la estabilidad y la flexibilidad de Stiglitz.

La inclusión de los principios de certeza, legalidad e irretroactividad en la Carta Superior del ordenamiento Colombiano, se corresponden con una conquista histórica de la humanidad que se viene forjando desde la Carta Magna del siglo XIII y que constituyen una garantía fundamental del Estado de Derecho. Estos tres principios, son elementos

esenciales de cualquier norma tributaria y la ausencia de uno de ellos, no solo afecta los objetivos de armonía y estabilidad jurídica, sino que deslegitima el quehacer estatal en lo que a imposición se refiere.

Desde la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha realizado la delimitación de los principios constitucionales del Sistema Tributario (en adelante ST); y se ha llegado a un consenso sobre el alcance de los mismos en el Estado Colombiano, gracias al trabajo de la esta corporación que por excelencia es guardiana de la integridad constitucional que se viene pronunciando de manera uniforme sobre cada uno de estos preceptos, hoy podemos estar seguros de cómo se han de materializar dentro del contexto Constitucional.

2.1 La Certeza en los elementos del tributo: Entre la claridad y la armonía sistémica.

Se ha entendido por el Principio de Certeza, que la norma que establece un tributo debe fijar con claridad y de manera inequívoca los distintos elementos que lo integran: los sujetos; el hecho generador y la tarifa del tributo (Corte Constitucional Colombia Sentencias C-226(2004), C-989 (2004), C-1003 (2004), C-114 (2006) y C-913(2011)). De la mano del principio de legalidad, la certeza establece que el legislador en desarrollo de su competencia, realice la definición del tributo; elemento cumplido por la ley 1607 de 2012 “*por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones*”, cuando en su artículo 20 establece Impuesto sobre la Renta para la Equidad, también llamado Contribución Empresarial para la Equidad (en adelante CREE) y define los elementos más básicos de este tributo.

La contribución empresarial para la equidad, es un tributo directo y de carácter nacional², que fue establecido con el objetivo de aumentar la equidad y formalizar el empleo (Congreso de la República, 2012) a partir de la reducción de los costos no salariales en un 13.5%³. Según el debate político que se originó alrededor de la norma, lo que buscó el legislador con la creación de este tributo, fue reducir los impuestos a la nómina y reemplazarlos parcialmente por uno que gravara las utilidades. Así, para no aumentar la carga impositiva en cabeza de algunos contribuyentes, se disminuyó el tradicional impuesto a la renta de un 33% a un 25% y el 8% restante, se asignó a la financiación de las actividades Estatales antes capitalizadas por los parafiscales.

Siguiendo la metodología de la Corte Constitucional, un impuesto es adecuado si contiene los sujetos de la relación tributaria, que para el caso del CREE resulta como sujeto activo el Estado, cuyo recaudo tendrá destinación específica⁴ y consecuentemente, los dineros percibidos por este concepto, no entrarán a las cuentas que nutren el Presupuesto Nacional. Este punto está establecido en el cuerpo normativo de la ley 1607 de 2012 y deja entrever sutilmente lo que es el principio de transparencia de la formulación de Stiglitz, según el

² Ello en tanto se le otorga a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la facultad de la administración y recaudo del impuesto.

³ Los cuales eran recaudados para ser distribuidos en un 2% del SENA, 3% ICBF y el 8.5% correspondía a la proporción que el empleador cancelaba por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud.

⁴ Si bien el Artículo 359 de la Constitución establece la prohibición de rentas nacionales con destinación específica, para el caso del CREE el legislador determinó que si la tendría ya que este impuesto busca financiar la inversión social

cual los contribuyentes están conociendo cual es la finalidad a la que están destinados los recursos recaudados con el impuesto.

Como sujetos pasivos, establece el legislador a las sociedades, personas jurídicas y entidades extranjeras contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta⁵, salvo las sociedades y personas jurídicas sin ánimo de lucro y aquellas que al 31 de diciembre de 2012 estén constituidas como Zonas Francas, no corriendo con la misma suerte aquellas constituidas después del 1 de enero de 2013.

La base gravable del tributo, se establece a partir de una relación contable, donde a los ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio se le detraen los ingresos no constitutivos de renta, las deducciones, las rebajas y los descuentos. Dicho subtotal es denominado: ingreso neto, al que con posterioridad, se le descontarán las respectivas rentas exentas y las deducciones a que haya lugar.

Por la norma legal en mención, sólo serán rentas exentas -que pueden detraerse del cálculo- las provenientes de la Comunidad Andina de Naciones, los recursos de los fondos de pensiones, los rendimientos de títulos de ahorro a largo plazo para la financiación de vivienda, las operaciones destinadas a la financiación de vivienda de interés social, los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles con opción de compra, construidos para vivienda y con duración no inferior a 10 años, los nuevos productos medicinales y software elaborados en Colombia y amparados con nuevas patentes. La base gravable del CREE no es susceptible de compensarse con pérdidas fiscales ni excesos de renta presuntiva y si la base gravable resultante es menor a la renta presuntiva, la base será la renta presuntiva.

La norma caracteriza al CREE como un impuesto, la destinación específica que tienen ya estos recursos se consignarán en un fondo especial, en los términos del artículo 30 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, derivado de ello su destinación no hará unidad de caja con los demás ingresos de la Nación, garantizándose así su apropiación en las leyes anuales de presupuesto para los fines por los cuales se constituye la mencionada renta, y que adicionalmente, en caso de que el recaudo de estos recursos sea insuficiente para atender el desarrollo de los programas a cargo de estas entidades; -Servicio Nacional de Aprendizaje (en adelante SENA), Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), y el Sistema de Seguridad Social en Salud (en adelante SSSS) -, se podrán destinar recursos adicionales provenientes del Presupuesto General de la Nación. De esta manera, para cada vigencia fiscal se aseguran los recursos que darán continuidad a los programas a cargo de aquellos; por ello éste tributo tiene características de una contribución parafiscal, constituyéndose como una especie de híbrido dentro de las clasificaciones tributarias, pudiendo desprenderse así, una interpretación a partir de la cual, por tener un fin de naturaleza parafiscal, puedan deducirse para el cálculo del impuesto sobre la renta.

La acepción de certeza de la Corte Constitucional sobre hecho generador, base gravable y sujetos no sólo es limitada, sino insuficiente, ya que se circunscribe a la definición de los elementos más rígidos de la relación tributaria, dejando de lado, la necesidad de imponerle al legislador que sea claro y preciso, que simplifique el sistema tributario, la gestión de

⁵ Así no se obligan con este impuesto a las personas exentas del impuesto a la renta, tales como las entidades sin ánimo de lucro.

los impuestos, y evite, los altos costos que tienen para el contribuyente y la administración tributaria. Se requiere de un lenguaje más asequible para que los tributos sean comprensibles por el contribuyente común, en la medida que estas normas no solo van dirigidas a grandes empresas con un gran aparato jurídico y contable, sino también al mediano y pequeño empresario que necesitan conocer el alcance del tributo, no solo por transparencia, sino para poder cumplir en debida forma sus obligaciones accesorias y principales, ya que como ha sido reconocido por entes oficiales, a veces la elusión de algunos individuos no se corresponde con el dolo, sino con la falta de claridad en la constitución del tributo. Este es un presupuesto básico para la sencillez administrativa de Stiglitz.

En el CREE, el sujeto pasivo no está plenamente identificado dentro del articulado de la norma, ya que al utilizar la expresión “*sociedades y personas jurídicas y asimilados*” (*subrayado propio*) no es claro el criterio de similitud; así, se hace necesaria una remisión a los artículos 13 y 14 del Estatuto Tributario para intentar aclararlo, no obstante, tampoco él resuelve de manera precisa quienes entrarían a ser los sujetos de la norma. De igual forma, en diversos artículos remite a otras normas de contenido impositivo, que ni siquiera están consagradas en el denso Estatuto Tributario⁶, o que están dispersas en el ordenamiento jurídico.

No es preciso hablar de claridad como consecuencia de la certeza en la norma tributaria, ya que desde 1989 no se moderniza el sistema tributario como tal y el Estatuto vigente es anacrónico e ineficiente, debido a la aprobación de medidas con fines de recaudo a corto plazo las cuales han generado una carencia orgánica estructural y dispersión e inequidades, más aun cuando el legislador no ha definido los principios, fuentes, ámbito de aplicación, las competencias, las garantías y los derechos a favor de los administrados.

2.2 Irretroactividad como presupuesto de Estabilidad.

Dentro de las medidas políticas tomadas por el Estado Colombiano a partir de los 90s con la “Implementada Modernización Estatal de Gaviria”, se ha hecho visible la acogida de un Modelo Neoliberal, donde para garantizar condiciones de mercado atractivas para la inversión, se busca con ansia la estabilidad, tanto jurídica como económica

La estabilidad es entendida como un valor fundamental de la vida social, que constituye el objetivo sin el cual el hombre no buscaría el orden jurídico (Bravo Arteaga, 2000). Esta es la razón de ser del principio de irretroactividad, entendido en materia impositiva, como que la ley tributaria no pueda aplicarse a hechos generadores ocurridos antes de su entrada en vigencia. Así, a la luz del art 338 de la CP se entiende irretroactiva una norma cuando “*no puede aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley*” (Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-913 (2011)). La irretroactividad se establece como una garantía que solo tienen el orden tributario y el penal y está en favor del administrado, en consecuencia, no se encuentra violentada cuando surge una norma con efectos al pasado que es beneficiosa para el contribuyente. La ley 1607 de 2012, en lo que respecta al CREE, fue creada a partir del 01 de Enero de 2013, por lo que es una norma irretroactiva, y solo produce efectos para el presente año fiscal. Ello se

⁶ Con un cuerpo de 933 artículos según la página de la Secretaria del Senado revisada el 02 de Junio de 2013, más las demás normas en la materia dispersas en el ordenamiento.

constituye como la materialización de una garantía y se envía un mensaje de confianza institucional importante, ya que en la medida en que sea estable el aparato institucional en cuanto a las relaciones que regula, el administrado, teniendo por seguro que sus ingresos no serán gravados por hechos ocurridos con anterioridad a la promulgación de la norma, se siente seguro para tomar decisiones de inversión y de consumo.

El anuncio de la reforma, pudo haber causado estragos en las condiciones del mercado, ya que de por sí, la noticia de un proyecto de ley que modificaría las condiciones fiscales - pudiendo aumentar los costos empresariales- genera traumatismos como consecuencia de la incertidumbre que despierta cualquier modificación del ordenamiento, sobre todo en lo que respecta al ámbito económico; sin embargo para el CREE no hay estudios que permitan determinar cuáles fueron las consecuencias del anuncio del proyecto por parte del Ministerio de Hacienda, pero si hubo manifestaciones sociales por parte de los sectores en principio afectados, que con seguridad alteraron sus hábitos de consumo, ahorro e inversión.

2.3 Legalidad: ¿Un obstáculo para la flexibilidad?

La legalidad es uno de los preceptos constitucionales más importantes en materia tributaria. Instituida en pro de hacer un Estado más legítimo y Estable, –Por un lado los órganos legislativos se presumen democráticos- y por el otro la ley tiene ánimo de permanencia en el ordenamiento jurídico- elementos *sine qua non* del Estado de Derecho.

El principio de legalidad tributaria comprende dos aspectos: el primero de ellos es lo que la doctrina ha denominado el principio de representación popular en materia tributaria, según el cual no puede haber impuesto sin representación de los eventuales afectados (la Constitución autoriza únicamente a las corporaciones de representación pluralista, como el Congreso, las asambleas y los concejos), y el principio de la predeterminación de los tributos, donde se deben fijar en la ley los elementos mínimos que debe contener el acto jurídico que impone la imposición para poder ser válido, este es precisamente la concretización del principio de certeza. (Corte Constitucional, Sentencia C-335 (1994) y C-543 (2005)).

La legalidad, como principio se constituye como una garantía a favor de la Seguridad Jurídica que incentivaría la estabilidad y crecimiento económico. En un país como Colombia, donde el proceso en la expedición de una ley es dispendioso- ocho debates en dos legislaturas-, las medidas en materia de incentivos económicos no siempre pueden esperar a que se suceda este proceso, cuando las necesidades son inmediatas y devienen de hechos coyunturales no previstos.

La Contribución Empresarial para la Equidad, no debe su origen a un decreto de estado de emergencia económica, tuvo que agotar todo el proceso legislativo que le da la estabilidad de ser una norma que permanecerá indefinidamente en el ordenamiento, sin embargo, el ánimo de permanencia de este impuesto, se convierte en un arma de doble filo en lo que respecta a su capacidad de reacción a los cambios de la economía. En el momento en el cual la economía esté en recesión y el Estado esté interesado en aumentar la inversión por estímulos impositivos, no podrá acudir de forma rápida a una política que disminuya los impuestos, pues según la premisa de que todo se deshace como se hace, tendría que agotar el trámite legislativo.

En el artículo 37 de la ley 1607 de 2012 se establece que el Gobierno Nacional tiene la facultad para reglamentar el mecanismo de retención en la fuente para el recaudo del CREE; con este fundamento se estableció el decreto 0862 de 2013 el cual, estableció cómo se operativizaría la retención con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto, lo cual es acorde con el principio de legalidad, ya que el ejecutivo solo está reglamentando el mecanismo de recaudo y no definiendo los elementos del impuesto.

3. Eficiencia de recaudos, sencillez administrativa y flexibilidad.

3.1 Sencillez administrativa: el costo de contribuir.

El sistema tributario es complejo, requiere de una extensa reglamentación especial para operativizar la norma y tomar medidas que eviten la evasión y la elusión por ello, la administración del sistema fiscal, se caracteriza por tener costos operativos elevados, tanto para el Estado, como para el administrado. (Stiglitz 1997) La jurisprudencia de la Corte Constitucional y la dogmática Tributaria (tanto económica como contable y jurídica) resaltan la importancia de que los tributos creados por el legislativo tengan un sistema de recaudo lo menos complejo posible. Así, Stiglitz indica un buen sistema tributario debe representar la mayor utilidad posible con el mínimo de costos de sostenimiento y de transacción operacional, y además, plantea, que el procedimiento para recaudar los impuestos; no debe ser más costoso (tanto frente a los costes directos como a los indirectos) que la obtención del rubro, sino que debe ser fácil y barato de cobrar. (Stiglitz 1994)

Según esta perspectiva es necesario analizar la cantidad de procedimientos que se requieren para lograr el efectivo cobro del CREE, tanto desde la postura del administrado como del aparato Estatal. El primero de ellos, tiene que asumir los costos financieros, tecnológicos y de oportunidad que en él recaen cuando cumple la obligación principal (declarar renta, realizar la respectiva retención en la fuente y las transacciones del pago del impuesto) y de las obligaciones accesorias (Informar a las respectivas entidades públicas sobre las actividades que se vienen realizando y conexas) so pena de sanciones pecuniarias y hasta penales.

Con la implementación de tecnologías de la información en los procesos contables, se facilitan notablemente los trámites para cumplir con los deberes fiscales; sin embargo, no todos los procesos están sistematizados y el administrado aún tiene que incurrir en gastos para obtener la documentación física necesaria para los procedimientos intrínsecos al cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Con la implementación del nuevo tributo para la equidad se hace necesario incurrir en nuevos costos tecnológicos, en la medida en que todos los programas de soporte contable, para ser modificados, implican autorización para respetar los derechos de autor y generalmente son fabricados por países diferentes a Colombia, dicha adecuación se verá compensada en el largo plazo con la ausencia de parafiscales y con la facilidad que implica realizar los pagos por medios electrónicos, ahorrando tiempo y dinero. No obstante es posible que existan algunos momentos en los cuales las soluciones electrónicas no puedan ser implementadas, para los que existen largos trámites burocráticos desgastantes principalmente para el administrado.

Respecto a la declaración en la renta para el impuesto hay diversos elementos problemáticos; pues tal como el director de la DIAN indicó: la declaración en la mayoría de los casos no se realizaba por desinformación y confusión, es por ello que aún en Colombia se presentan tan altas tasas de evasión de impuestos (Vanguardia, SF). Igualmente, es preciso resaltar que el CREE es un impuesto sumamente complejo, pues a la contabilidad total de las utilidades se le deben hacer muchas exenciones y descuentos; tales como los escritos en el artículo 207-2 # 9 del Estatuto Tributario; dificultando así el cálculo del total a pagar.

Es también problemático en el caso de las SAS el manejo de la contabilidad; ya que estas pueden constituirse con un objeto indeterminado, sin embargo, para el RUT debe establecerse una actividad principal sobre la cual se tributará, así, una empresa que tenga diversas actividades, deberá realizar una contabilidad diferente a la de las utilidades tradicionales de su empresa, para hacer de manera específica y aparte la contabilidad de las utilidades de la actividad principal, sobre la cual recaerá el impuesto para la equidad.

En lo que respecta al aparato Estatal, los costos relativos no le son tan elevados, pues para el presente caso es el administrado quien debe hacer el recaudo de forma gratuita; es decir, acercarse a diligenciar los formularios y a hacer el pago del impuesto. Sin embargo, más allá de la elaboración de los formularios y el despliegue del aparato burocrático, no es mayor el esfuerzo Estatal, en este caso representado por la DIAN. A pesar de esto; es reconocido que en un país como Colombia la administración debe incurrir en costos excesivos por el despliegue de actividades para ratificar si la información que aportan los contribuyentes es cierta y además que personas no están realizando la declaración; situación que resulta exageradamente compleja en el sentido de que esta entidad se deberá encargar de verificar toda la información dada, incluso la contabilidad misma de cada empresa, lo que implícitamente resulta en un costo excesivo y que en muchos casos no se verá compensado por el dinero recaudado.

3.2 La eficiencia del recaudo.

La Corte constitucional ha dicho que la eficiencia se representa de dos formas; primero en la *eficiencia del tributo*, que permite verificar el beneficio económico que se genera en los ingresos del Estado a partir de su exigibilidad, y segundo, en la *eficiencia del recaudo*, que pretende medir la idoneidad de los medios utilizados para asegurar el cobro del tributo. (Corte Constitucional, Sentencia C-1714 de 2000)

La retención en la fuente es la forma de recaudo anticipado del CREE y constituye una carga adicional para las empresas, ya que como se reglamentó por el decreto 0862 del 2013, se estableció en porcentajes diferentes y por actividades económicas, lo que obliga a realizar dos declaraciones diferentes y dos pagos diferentes. Además, el CREE es un impuesto diferente al impuesto de renta tradicional, lo que representa una obligación adicional para las empresas; mientras que se debería pensar mejor la posibilidad de articular las dos retenciones en la fuente.

Es también un problema de la retención en la fuente del CREE, los plazos fijados en el decreto reglamentario 0862 del 2013, pues la presentación y pago coincide con los primeros días de junio, y ello no es tiempo suficiente para la presentación de balances, puesto que ni siquiera se ha hecho un cierre contable. “Si es una empresa que tiene un volumen de

operaciones importantes, mientras se depura la información de todo el mes se demora. Eso va a generar que la gente presente mal sus declaraciones de la retención en la fuente del nuevo Impuesto para la Equidad, que luego le puede acarrear que tenga que pagar sanciones e intereses” (La República, 2013).

Además de ello, la retención en la fuente no se realiza con una determinada base mínima, por lo cual, se debe recaudar tanto para ingresos de millones de pesos como de poco dinero, sin embargo, en este último caso debe haber una preocupación administrativa y es que muchas veces se pagará la retención, incurriendo en mayores costos que los realmente recaudados, resaltando la importancia de establecer un monto mínimo para el pago del impuesto.

Los saldos a favor que se generan con la retención en la fuente son también un problema significativo, pues estos implicarían que en los casos sobre los cuales el monto pagado sea mayor que el impuesto, se deberán devoluciones, lo que necesariamente implica un desgaste administrativo abiertamente ineficiente.

Finalmente, otro de los problemas de la retención en la fuente, es que su esquema no refleja bajo ninguna circunstancia la verdadera rentabilidad de los negocios ya que se liquida en porcentajes de acuerdo a una renta presuntiva que puede alejarse completamente de la realidad y que con posterioridad genera costos en consideración a los arreglos de las diferencias con la renta líquida.

3.3 Flexibilidad: la agilidad de responder a las condiciones fácticas.

Es muy importante la velocidad con que pueda darse los cambios en la legislación impositiva y el tiempo que toma recaudar los recursos para estimular la economía, entre más se demoren estos dos aspectos, el impuesto pierde eficacia. Como cualquier tipología del impuesto a la renta, siempre existe el peligro de que los retardos sean los suficientemente largos y suban los impuestos justo cuando la economía necesita una reducción de los mismos y viceversa (Stiglitz, 1997), así en el caso de que lo planteado por el Gobierno sea cierto, es decir, este impuesto tenga un efecto “neutro” en el recaudo y se dirija principalmente a la formalización del empleo; en el momento en el cual las demandas económicas cambien, podría necesitar el despliegue de todo el aparato legislativo para promulgar nuevas normas más adecuadas a estos nuevos intereses.

En éste orden de ideas, debemos entender que la finalidad económica de la norma es generar en un futuro suficientes recursos como para que los empleadores tengan incentivos económicos suficientes para contratar nuevos trabajadores, así, se esperaría que al largo plazo, con el dinero que los empleadores se ahorrarían por el no pago de parafiscales, podrían realizar nuevas inversiones y contratar más puestos de trabajo. Sin embargo, con base en la proyección económica de la ley 1607, es posible inferir que los objetivos no podrán ser cumplidos ni en el corto ni en el mediano plazo, por lo cual es necesario evaluar si la norma que entró en vigencia hoy, respondería adecuadamente con las necesidades económicas en un futuro y al veloz giro de la globalización. Es probable que esta norma no responda adecuadamente con las necesidades económicas que se pretenden resolver, y además de todo no tendrá la flexibilidad adecuada para integrarse con precisión con el nuevo momento económico.

4. Responsabilidad política y transparencia: más que postulados abstractos, presupuestos económicos para la eficiencia y legitimidad de los tributos.

Una de las labores fundamentales del Estado, es corregir las fallas que el mercado presenta con el objetivo de propender en mayor medida por la equidad y el bienestar general de sus administrados. Sin embargo, cada una de las políticas económicas que implemente tendrá necesariamente en ellos, una reacción de incentivos o desincentivos para las acciones económicas. Por ello es importante que los mismos, cumplan un papel activo en la proyección, la implementación y el funcionamiento de las leyes que crean las obligaciones tributarias; en este orden de ideas, Stiglitz, plantea como elementos fundamentales de un sistema tributario ideal, los principios de Responsabilidad Política y Transparencia.

El principio de responsabilidad política implica que un impuesto es más responsable en la medida el contribuyente tenga mayor claridad sobre los elementos de éste y cuáles son las cargas que se le imponen. Igualmente, la responsabilidad política tiene que ver con el papel que se le permite a los ciudadanos jugar en la creación y/o modificación de los impuestos, de tal modo que el administrado, tenga conciencia de como el ST es construido e implementado y además estar al tanto de que la redistribución de los recursos recaudados se reflejen en sus preferencias o incluso si considera que se están haciendo gastos desmedidos. (Stiglitz, 1997)

Así, tenemos entonces que el CREE es un impuesto parcialmente responsable políticamente pues para los debates de la norma, citaron en algunas ciudades del país diferentes personas para debatirlo, sin embargo fueron muy pocas ciudades y con muy cortos plazos. Tanto el proyecto como los temas discutidos en las subcomisiones se socializaron a nivel nacional tanto, en Bogotá (8 de noviembre), Medellín (15 de noviembre), Armenia (16 de noviembre), Neiva (17 de noviembre), con la participación de los gremios, los empresarios, los estudiantes, los sindicatos y centrales obreras y la ciudadanía en general, quien fue informada e invitada de foros para su discusión (Congreso de la República, 2012).

Ante lo planteado por Stiglitz frente a la responsabilidad política, hayamos escaso el encargo que él le asigna al Estado; por ello insistimos en la importancia de que ésta, no solo parta de la cooperación de los administrados en la elaboración de las leyes que materializan las políticas fiscales y el conocimiento de los mismos sobre lo que se está pagando, sino que aquella debe entenderse en un sentido amplio: el compromiso que implica reflejar efectivamente los objetivos a cumplir con las políticas económicas que rigen el Estado y con las normas que las materialicen; es decir que al momento de pactar con los administrados unas ciertas consecuencias económicas, aquellas deben ser de posible cumplimiento, es por ello que declaramos muy ambicioso pretender eliminar los problemas de desigualdad del país, dejando de lado que la misma proviene de las brechas en los activos iniciales, la desigualdad de oportunidades y la baja calidad educativa. Por ello es que las políticas fiscales tienen que acompañarse de medidas económicas que intervengan más directamente las causas de desigualdad.

La responsabilidad política debería incluir la previsión del legislador de que las normas que pretende integrar al ordenamiento jurídico, sean constitucionales, no solo en lo formal, sino también en lo sustancial. En Colombia el legislador no es muy coherente con el principio de eficiencia que rige el ST, ya que, aprovechándose de que el llamado a hacer revisión de las

normas –la Corte Constitucional- con el argumento de la libre configuración legislativa, no hace revisión material en términos de eficiencia.

4.1 Transparencia y legitimidad del Estado.

Stiglitz indica que un sistema tributario ideal se evidencia en la transparencia, es decir, la posibilidad de los contribuyentes de conocer cuántos impuestos pagan tanto ellos como otros ciudadanos, y cuál es el objetivo o la finalidad para la que están destinados dichos impuestos (Stiglitz, Economía, 1994) .

El impuesto a la renta para la equidad tubo un trámite rápido, ya que fue radicado el 04 de Octubre de 2012 en la Cámara de Representantes y se convirtió en ley el 26 de diciembre de 2012, lo cual resulta alarmante y sospechoso pues no permitió una divulgación adecuada de la ley para que en el posterior debate político algunos sectores se manifestaran en contra de la norma, lo cual en el proceder cotidiano de la producción legislativa, debe conllevar a la adopción de medidas que consultan el interés general, Así, por las condiciones en las que se ha desarrollado la política en Colombia –en un contexto de corrupción y desconfianza institucional-, ¿qué tan transparente puede ser este impuesto? , ¿Cómo afrontar el interés el Estado de que los ciudadanos no conozcan verdadero coste político de las normas? Comportamientos como los de este tipo por parte de la administración, tienen muchas repercusiones económicas en los contribuyentes, quienes hayan pocos incentivos para pagar de manera responsable lo que se les impone como tributos, generando así más costos de operación y mayores distorsiones, inclusive, a pesar de que existe la herramienta de rendición de cuentas, para contrastar si efectivamente se cumplió con el cometido de la norma, y la transparencia debe tener la capacidad de evaluar si sus políticas fiscales y las normas que lo materializan funcionan adecuadamente, el Estado no cumple sus cometidos y genera desconfianza.

El Impuesto a la renta para la equidad será distorsionador, ya que los ciudadanos no querrán contribuir a financiar un Estado corrupto y negligente -que no invertirá los ingresos recaudados en la consecución de sus fines- y preferirán desviar sus ingresos a otras actividades, generando un impacto en el mercado que no se corresponde con el logro si actuaran determinados sólo por la maximización de su utilidad no por el objetivo del legislador con la implementación de la norma.

Finalmente Stiglitz asevera: *“Si los procesos públicos se vuelven más abiertos, transparentes y democráticos, con mayor participación y más esfuerzos orientados a la búsqueda del conceso, probablemente, el resultado será no solo un proceso más justo, sino también, un proceso cuyos productos estén más de acuerdo con el bien común (...) (Stiglitz J. , 1999)”* esto que también mejoraría las condiciones de bienestar general en un sentido económico.

5. La equidad como principio del sistema tributario: reflejo de la justicia social y un ideal en cualquier estructura impositiva.

En el Estado Social de Derecho Colombiano tiene consagrado como uno de sus pilares fundamentales la equidad, este se ha establecido no solo como un principio general, sino además como un precepto que debe regir del sistema tributario en concreto. La constitución no define a que hace referencia este término, pero la Corte Constitucional se ha encargado

llenar de contenido esta disposición y ha dicho que “*La equidad tributaria es la medida de la justicia fiscal. (...) su aplicación debe tener en cuenta no sólo las circunstancias cambiantes de la base gravable (...), sino también los intereses del contribuyente*” (Corte Constitucional, Sentencia C-419 (1995)). Por su parte, Stiglitz dentro de su planteamiento acepta la subjetividad del término justicia (Stiglitz, 1997), sin embargo dice que un acercamiento a él, nos remite necesariamente al concepto de equidad, en su tanto modalidad vertical y horizontal.

La equidad tributaria es un criterio con base en el cual, si bien todos los Ciudadanos deben contribuir con el financiamiento del Estado⁷, se deben ponderar la distribución de las cargas o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar sean excesivas (Corte Constitucional, Sentencia C-815 (2009).), en pro de que las cargas impositivas no sean desproporcionadas y consulten la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión.

La igualdad material es el género que comprende la equidad en materia tributaria, consecuentemente esta última es un derecho fundamental que debe integrarse con el criterio de sostenibilidad fiscal que ha sido incorporado en la Constitución en el último lustro, así, mientras el segundo comporta el deber los administrados de contribuir a la financiación de los gastos Estatales que permiten el desarrollo de los objetivos del Estado Social de Derecho, que deben desarrollarse de forma sostenible; la administración tiene la obligación tratar de igual manera a aquellos que se encuentren en situación similar (Al respecto se puede ver las sentencias de la Corte constitucional C-419 (1995), C-804 (2001), C-1003 (2004), C-664 (2009) , C-368 (2011), C-913 (2011) y C-198 (2012)) a la hora de asignarles una carga impositiva. La equidad en sentido general no es sólo un asunto de distribución de cargas tributarias, también tiene que ver con que las medidas tomadas por el legislador se enmarque en un contexto de redistribución de riqueza que redunden en el mejoramiento del Bienestar Social en General. El proyecto presentado que procuró la ley 1607 de 2012, reconoció expresamente esta última noción de equidad (Congreso de la República, 2012).

Se entiende de que cuando hay grandes brechas de desigualdad en las condiciones de vida de los ciudadanos se está ante un claro ejemplo de inequidad, por ello, dentro las razones de la reforma, se consideraba que esta situación debía ser de primordial tratamiento por parte del gobierno, por ello debería intervenir esta desigualdad a través de una política de redistribución de la renta que incidiera en que sistema impositivo fuese más progresivo, marcando más la tendencia a la evasión de medidas que conlleven al gasto público y a la implementación de medidas que teóricamente incentivan la creación y formalización laboral. Si bien es cierto el aumento del empleo en condiciones de calidad redundan en más posibilidades de elección y mejores condiciones de vida, para que este se dé no basta con establecer una estructura impositiva progresiva, se requiere garantizar los prestaciones estatales dirigidas a garantizar en el acceso de los trabajadores, menores de edad, y distintos beneficiarios de los aportes parafiscales a los servicios, subsidios, programas y protección social general financiada actualmente por los aportes parafiscales.

⁷ Deber constitucional consagrado en el artículo 95 Numeral 9

Para la consecución de un Estado más equitativo, se pretende por el gobierno corregir con la reforma uno de los aspectos más controversiales de las contribuciones parafiscales, como es el de la inequidad que propicia su naturaleza excepcional, según la cual, no se grava genéricamente a todas las personas que se encuentran en una misma capacidad contributiva, sino que se obliga solamente a un grupo determinado de personas a hacer los aportes: los trabajadores. Según este mismo argumento, la inequidad radicaba en que no se consulta la verdadera capacidad económica de las empresas y se concentra injustificadamente en los sectores generadores de empleo; pero como se acepta por el gobierno que los programas de inversión social para la atención de los trabajadores, la niñez y la población en general, aún debe estar en cabeza del Estado, se dice que el CREE garantizará los recursos para financiar estas actividades e manera progresiva y en procura del desarrollo social (Congreso de la República, 2012).

El gobierno aseveró (Congreso de la República, 2012) que con el CREE se garantizaría la inversión social -fundamental dentro de nuestro modelo estatal, con la cual se hacen los gastos que tienen la finalidad de satisfacer las necesidades mínimas vitales del hombre en todos los aspectos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-590 (1992))- la cual no solo permitirá que los programas del ICBF, SENA y los servicios de SSSS se sigan desarrollando, sino que además aumentarán; pero el crecimiento del fondo destinado para estos fines depende de las utilidades empresariales, que siendo mayores en los sectores financieros y de hidrocarburos, son volátiles e inciertas. Si la medida para financiar estas entidades fracasa, no solo se verían agudizadas las condiciones de desigualdad, sino que además, se habría afectado el recaudo de recursos del Estado para el desarrollo del Presupuesto Nacional, que tiene por deber concretizar la Protección Social.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que en la actualidad, Colombia se encuentra en una situación de déficit fiscal y ha tomado la decisión de disminuir los parafiscales con el objeto de activar la economía y recibir más utilidad con base en la generación de empleo y la productividad de las empresas; sin embargo, como los empresarios no actúan sobre la base del alivio tributario, sino sobre las determinantes macroeconómicas, las utilidades esperadas por el estado no serán satisfechas, con lo cual, su déficit aumentará inminentemente. (Clavijo, 2005)

5.1 Equidad Horizontal: la igualdad entre los iguales.

Tal y como lo proscribió la premisa de Platón “*igualdad para los iguales*”, contenida en *la República*, la equidad Horizontal en materia tributaria hace referencia al tratamiento donde a “*quienes se encuentran en situaciones similares, con capacidad económica similar, soporten una carga tributaria igual* (Corte Constitucional, Sentencia C-183 (1998)) Ello no implica que el legislador, con el ánimo de incentivar el desarrollo de la consecución de intereses económicos y tributarios, no pueda crear distinciones impositivas entre diferentes sectores que inicialmente se podrían predicar en igualdad de condiciones, siempre que la distinción se base en argumentos razonables y proporcionales (Corte Constitucional, Sentencia C-412 (1996)).

En lo que al Impuesto para la equidad se refiere, las razones para la sustitución de los parafiscales por este nuevo impuesto, fue el aumento y la formalización del trabajo; consecuentemente los sectores excluidos del pago de los parafiscales han de ser aquellos que utilizan de forma extensiva la mano de obra, como el sector industrial y agrícola. Sin

embargo, en la ley no se establecen distinciones en la actividad productiva a desarrollar a la hora de ser exentos de esta contribución, en esta medida se verán beneficiados sectores que aunque en principio no aumenten la mano de obra, si les fue reducido el impuesto a la renta en un 8%, es decir el Estado en medio de todas sus carencias renunció a unos ingresos, que de ser invertidos por él eficientemente, en la concreción de objetivos como la prestación de los Derecho Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Ello, a la luz de los parámetros constitucionales, en razón no se estableció discriminación entre los diferentes sectores, recayó como un beneficio en favor del contribuyente, por lo que no es inconstitucional.

La ley 1607 exoneró del CREE a algunas personas jurídicas y sociedades: a las entidades sin ánimo de lucro pertenecientes al régimen tributario especial y a aquellas sociedad que para el 31 De diciembre de 2012 ya estaban instaladas en zonas francas como usuarias industriales u operadoras, (cuyo impuesto de renta tiene una tarifa del 15%), ya que la exposición de motivos que dio lugar a la ley no dice porque expresamente porque se exceptuaron a estas personas, es comprensible que estas no se quieran gravaren tanto se quiera estimular la constitución de los primeros y no se quiera alterar la seguridad jurídica de los segundos.

Las empresas constituidas como personas naturales no son responsables del CREE, pero si se beneficiarán de la no cancelación de los aportes parafiscales mencionados, siempre y cuando tengan no menos de 2 trabajadores vinculados directamente a la empresa. Ello parece discriminatorio para aquellos empleadores personas naturales que tengan solo un trabajador y que si tendrían que pagar el aporte, ya que el mismo hecho de tener solo un empleado podría tomarse como un indicativo de su poca capacidad contributiva, consecuentemente estos empleadores tienen que asumir relativamente más costos que aquellos, que como consecuencia de su capital tienen una fuerza laboral significativa; esto es abiertamente una medida regresiva. Sin embargo; si la razón por la cual el legislador decidió no exonerar del pago de los parafiscales a las personas naturales con menos de 2 trabajadores, fue generar un estímulo que estos contraten más individuos y consecuentemente se aumente los puestos de trabajo, es dudoso, ya que el ahorro en parafiscales en un trabajador no es tan significativo como para que el empleador expanda el aparato productivo y genere más empleo.

Para concluir este punto, es importante señalar que la equidad es tanto en lo sustancial como en lo formal, consecuentemente en lo procedimental la carga debe ser igual. En el decreto 0862 de 2013 que reglamenta el CREE, se establece los porcentajes de retención en la fuente discriminando las diferentes actividades económicas, así que mientras las empresas de los sectores industria, comercio y agricultura tendrán una retención del 0,3% sobre sus ingresos, las del sector minero energético y eléctrico asumirán descuentos mensuales por 1,5%, y el resto de los sectores pagará al Estado el 0,6%. Este mecanismo desde una mirada superficial podría considerarse inequitativo, sin embargo la discriminación que hace el ejecutivo está fundada en las diferentes posibilidades de ingreso de cada sector. Este nuevo esquema sí consulta las rentabilidades de las diferentes actividades económicas; por eso hay tres tarifas, porque lo que busca es que las actividades que tienen unos márgenes de rentabilidades más bajos tengan unas retenciones más bajas y los que tienen rentabilidades más altas tengan tarifas más altas (Colprensa, 2013) y

consecuentemente adecuándose al principio de razonabilidad en tanto a la discriminación establecida por la medida.

5.2 Progresividad, manifestación de la Equidad Vertical.

El principio de progresividad viene a constituirse en una manifestación de la equidad vertical, con él se persigue que el sistema tributario sea justo, mediante la materialización de la exigencia al legislador de que tenga en cuenta cuando establece un tributo, la capacidad contributiva de las personas, de forma tal, que quienes tienen mayor capacidad deben asumir obligaciones mayores.

El Estado Colombiano ha reconocido que el Sistema Tributario Colombiano es regresivo y no ha favorecido el mercado laboral, lo cual ha generado un impacto importante sobre la desigualdad en nuestro país (El séptimo más desigual del mundo según lo indicado por el coeficiente de Gini). Las razones que han llevado a esta situación, se han asignado a los costos salariales -que generan pérdida de competitividad en los sectores productivos intensivos en mano de obra- y las fallas del sistema impositivo que no tiene ningún efecto redistributivo.

Las últimas reformas con el objetivo de mejorar el recaudo, han implementado un sistema regresivo, donde la carga fiscal no corresponde en muchos casos a la capacidad contributiva y donde algunas personas con el mismo nivel de ingreso resultan asumiendo una carga fiscal desigual -como resultado de los beneficios existentes y uso extensivo de los mismos- produciendo la inequidad sobre la cual ya nos referimos.

La progresividad del sistema tributario, tiene que superar la insuficiencia del principio de proporcionalidad, pues en este ámbito no basta con mantener en todos los niveles una relación simplemente porcentual entre la capacidad económica del contribuyente y el monto de los impuestos a su cargo. Se debe disponer que quienes tienen mayor patrimonio y perciben mayores ingresos aporten en mayor proporción al financiamiento de los gastos del Estado; es decir, se trata de que la carga tributaria sea mayor entre mayores sean los ingresos y el patrimonio del contribuyente, lo que se traduciría en una igualdad de sacrificio para los administrados, que teniendo ingresos de mil o un millón, sienten en igual medida el detrimento patrimonial de cumplir con la obligación tributaria (Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-664 (2009).

La relación entre género y especie entre equidad y progresividad es evidente, la segunda comporta una manifestación de la segunda de manera vertical, la Corte constitucional (Ver sentencias C-776 (2003), C-989 (2004) y C-397 (2011)) no es ajena a este hecho y ha dicho:

Una diferencia importante entre ellos consiste en que el principio de equidad es un criterio más amplio e indeterminado de ponderación, relativo a la forma como una disposición tributaria afecta a los diferentes obligados o beneficiarios a la luz de ciertos valores constitucionales, mientras que el principio de progresividad mide cómo una carga o un beneficio tributario modifica la situación económica de un grupo de personas en comparación con los demás.

La progresividad en estricto sentido se avizora en lo que respecta a los gravados por el CREE y deben pagar al mismo tiempo parafiscales, ya le estaría imponiendo una mayor

carga tributaria a aquellos de mayores ingresos (empresas que tienen la capacidad de contratar a individuos con un salario superior a los 10smly). Sin embargo; mantener la obligación seguir pagando los aportes parafiscales y el CREE comporta un incentivo para que los empleadores contraten personal con remuneraciones inferiores a este monto, es decir, no se sientan motivados a mejorar los salarios por encima de esta cantidad. Decir que un sistema es progresivo no solo comporta un sacrificio proporcional de acuerdo a la capacidad contributiva, también implica que se tengan por preferentes aquellos los hechos gravables, que en su ejercicio den cuenta mejor de un verdadero factor de riqueza, como la renta y el capital, por tal así sea en proporción a la capacidad, gravar actividades como el empleo, difícilmente será progresivo.

Lo que al CREE corresponde respecto a este principio, es evidentemente un impuesto regresivo, dado que al no tener una base gravable mínima, tanto las utilidades de un peso como de ocho mil millones de pesos serían gravadas en un 8%, ello es porque trata a todos los contribuyentes (sociedades y personas jurídicas) por igual, sin tener en cuenta que cada uno de ellos tiene un capital diferente y consecuentemente su tasa de utilidad no es la misma, así para el pequeño empresario significa un sacrificio mayor; demás las grandes empresas tienen la posibilidad, en consideración al acceso a la información y el gran aparato institucional, de hacerse acreedores de mayores beneficios (exenciones y descuentos).

6. Eficiencia: el puente entre las medidas políticas y su concreción

Hay un reconocimiento generalizado de que el mercado tiene fallas y que de ellas se derivan que la ineficiente asignación de recursos; para hacerle frente a esta situación, aparece el Estado que con su indumentaria institucional, procede a intervenir con las diversas políticas con que cuenta para ello.

Los procesos políticos resultan ser la respuesta a los fracasos, providentes del mercado o incluso mismo gobierno a los problemas básicos de la sociedad, a pesar de que se ha entendido por la doctrina más neoliberal, que cualquier intervención del Estado es dañina y afecta negativamente al mercado, no obstante esto no es absoluto, los gobiernos tienen incentivos para hacerle frente a las coyunturas sociales de forma eficiente, la posibilidad de acceder en el futuro a otro cargo público de elección popular debiese motivar a los funcionarios a actuar dentro de la diligencia y la eficiencia (Stiglitz, 2002); sin embargo, por la cultura del pueblo Colombiano que no estudia su historia y hace caso omiso a los errores del pasado, no permite que se utilice la presión popular de forma provechosa para los fines del Estado Social.

Las imposiciones no tienen que ser necesariamente malos, estos si son utilizados en debida forma, sirven para corregir las externalidades, recaudando ingresos para los presupuestos Estatales y mejoran al mismo tiempo la eficiencia de la asignación de recursos. Los impuestos tienden a influenciar la conducta, generando estímulos para que los individuos hagan o dejen de hacer determinadas elecciones (Stiglitz, 1997), estos son una de las formas en que el Estado interviene en la economía; pero su actuar no es neutro y afecta al mercado, y con él la asignación de los recursos. La gran cuestión de la intervención gira en torno a que con ella, se distorsiona la información sobre los precios, afectando el ahorro, la inversión, el consumo y la producción.

El legislador supone eficiente la CREE, ya que de la Teoría Económica predominante en el mundo, se ha entendido que uno de los principales limitantes para el crecimiento económico -que conlleva la generación de empleo formal y de calidad-, son los altos costos salariales y no salariales en los que tiene que incurrir el empleador. Los parafiscales constituían una de las cargas a la nómina que hacía que tener un trabajador vinculado con todos los parámetros de la ley, fuera oneroso, por tal con la disminución de este costo, teóricamente se debe generar un incentivo para la generación de empresa y la formalización de los trabajadores, cuyas necesidades (alimentación, habitación, educación y transporte) son financiadas con los ingresos provenientes de su trabajo.

El mecanismo que utiliza la reforma para “alcanzar la formalización del trabajo salarial y generar nuevos puestos de empleo” no es nuevo dentro de la experiencia normativa del país, si bien antes no se había implementado la reducción de costos salariales para incentivar la inversión por reducción de impuestos a la nómina, si se había hecho por medio de reformas laborales y de Seguridad Social, que una vez implementadas no impactaron sustancialmente el mercado laboral y si propiciando la captura de renta del empresario.

Es Cierto que la formalización laboral implica una mejores condiciones de trabajo para el empleado, ya que conlleva los aportes a seguridad social, lo cual debería retraer un poco lo que son los gastos del Estado en el régimen subsidiado en salud, los programas de atención a la vejez que tenderían a disminuir por la calidad de pensionados del adulto mayor y los riesgos laborales serían asumidos por las ARP y no por el sistema general en salud, mayor garantía a la protección de los derechos laborales y la posibilidad de que el Estado ejecute un mayor control sobre las condiciones de producciones las que se desarrolla las actividades económicas

Respecto a las medidas tomadas por el legislador para evitar la evasión y la elusión La sanción penal por concepto de evasión tributaria flagrante, no hace que efectivamente los administrados declaren la renta sobre la cual el estado pretende cobrar un futuro impuesto. La amenaza impuesta desde hace más de 10 años no se ha constituido en un instrumento idóneo, pues Colombia sigue siendo uno de los países que más altos índices tiene de evasión de impuestos.

Adicionalmente el impuesto de renta y complementarios, termina gravando en exceso las rentas de trabajo, por encima de las demás rentas de capital, en cuanto quienes obtienen rentas de capital, normalmente tienen a su disposición medios de evasión que no posee la persona que recibe rentas de trabajo.

Con el CREE, se vulnera el principio de la equidad, pues al tener diferentes descuentos, exenciones e ingresos no constitutivos de renta, se da que personas con igual capacidad de pago, no tengan que responder en igual medida por el pago del impuesto, resultando además regresivo.

Como ya hemos mencionado los alivios tributarios, destinados expresamente a las empresas, no se convierten en el móvil verdadero de las mismas para la generación del empleo o productividad, ya que estas variables son regidas realmente por las determinantes macroeconómicas. Por ende, dichos comportamientos son contrarios al objetivo planteado por la administración al implementar el Impuesto a la Renta Para la equidad; situación

ineficiente y además causante de un terrible aumento del déficit fiscal, esto a su vez, desencadenaría la denominada “*parábola de las exenciones tributarios productiva-especulativas*”. Esta inicia con la promoción de los alivios tributarios, que luego que empresarios tomen las decisiones económicas según el mercado y no generen el empleo y aumento de la productividad -sobre la cual el Estado pretende recaudar más impuestos – no se podrá lograr realmente lo pretendido, consecuentemente aumentara el déficit fiscal y finalmente, el gobierno no tendrá otra remedio que emitir títulos de deuda Pública para lograr una presunta liquidez, así se actuaría necesariamente en contra del óptimo por el que debe propender el Estado, permitiendo que los particulares, se vean beneficiados económicamente y los dineros del Presupuesto General⁸ en detrimento (Clavijo, 2005).

7. Conclusiones.

La eficiencia es la columna vertebral que concretiza todos los principios Constitucionales que rigen el Sistema Tributario Colombiano, sin esta, todos ellos quedan en postulados abstractos imposibilitados para generar un impacto positivo en la sociedad y cumplir con el fin último del Estado Social de Derecho: El Bienestar Social.

Stiglitz entiende perfectamente esto, por eso los principios que propone como estructurales de un sistema tributario ideal, va dirigido a que con medidas democráticas y eficientes, se haga uso de los incentivos, para lograr un óptimo en la Economía.

El CREE es un impuesto complejo que con seguridad será objeto de innumerables debates, pues sobre el todavía hay muchas cosa por comprender, sin embargo, los resultados de la metodología utilizada en este artículo nos permite afirmar que este impuesto incumple abiertamente con los principios que debieran ser estructurales para el objetivo para el cual fue creado por el legislador, por ello se constituye como una manifestación más, del quehacer legislativo inequitativo, inflexible, ineficiente, irresponsable y costoso.

⁸ El Presupuesto Nacional es el mecanismo por el cual es Estado planea como va a invertir sus recursos , si los fondos destinados a la ejecución del mismo están en detrimento, no se podrán implementar políticas públicas que logren el Bienestar General , así que para el caso en mención, se daría una inequitativa distribución de la riqueza. Por ende una ineficiente materialización de la norma tributaria.

BIBLIOGRAFÍA.

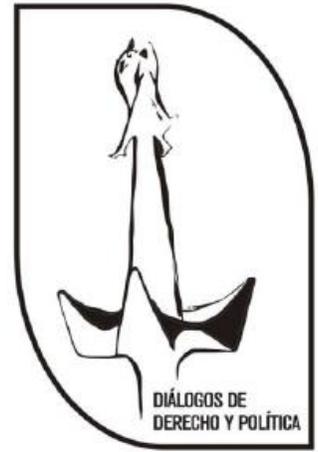
- Stiglitz, J. E. (1994). *Economía*. Barcelona: Ariel S.A.
- Stiglitz, J. E. (1997). *La Economía del Sector Público*. España: Antoni Bosh.
- Clavijo, S. (2005). Tributación, Equidad y Eficiencia en Colombia. *Borradores de Economía*, 1-29.
- Stiglitz, J. E. (2002). Mejorando la eficiencia y la capacidad de respuesta del sector Público. *Revista del CLAD Reforma y Democracia (Caracas) No 22*, 7-68.

JURISPRUDENCIA.

- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-590 (1992)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-335 (1994)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-412 (1996)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-183 (1998)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-1714 (2000)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencias C-776 (2003)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-226(2004)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-989 (2004)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-1003 (2004)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-543 (2005)
- Corte Constitucional Colombia Sentencia C-114 (2006)
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-664 (2009)
- Corte Constitucional Colombia Sentencia C-913(2011)

CIBERGRAFÍA.

- Colprensa. (22 de Abril de 2013). *La República*. Recuperado el 01 de Junio de 2013, de El país : <http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/reforma-tributaria-lecomplicar-vida-contribuyentes>
- Congreso de la República. (05 de Octubre de 2012). *"Exposición de motivos del proyecto de Ley 166 de 2012 CÁMARA"*. Recuperado el 01 de Junio de 2013, de Secretaria Del Senado: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3
- Vanguardia*. (SF). Recuperado el 01 de Junio de 2013, <http://www.vanguardia.com/economia/nacional/169488-declarar-renta-en-colombia-es-complejo-director-de-la-dian>
- La República*. (02 de Mayo de 2013). Recuperado el 01 de Junio de 2013, de http://www.larepublica.co/economia/los-7-desaf%C3%ADos-para-las-empresas-con-la-reforma-tributaria_37645



Legitimidad de la jurisdicción y de los tribunales constitucionales, necesidad de límites al poder y de garantía de derechos en Colombia después de la Constitución de 1991.¹

Andrea Giraldo García

Administradora de empresas, Especialista en gerencia social y
Estudiante de Ciencia Política de la Universidad de Antioquia.

¹ Artículo de reflexión, fruto del trabajo personal de la autora.

Resumen.

La jurisdicción constitucional es un asunto que ha sido objeto de debates en lo que respecta a su legitimidad, en tanto el órgano que materializa esta jurisdicción no es elegido por voto popular. Desde las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, numerosos debates han tenido lugar sobre este tema, no habiendo aún concluido; aunque es importante reconocer los planteamientos que aparecen de fondo y que justifican o cuestionan la existencia de tal jurisdicción. Asimismo, vale la pena hacer una revisión al caso colombiano, analizando las situaciones en las cuales pareciera que la Constitución está supeditada al poder político, y no al revés, para entender cómo, en este contexto tiene o no lugar la idea de la jurisdicción constitucional. Este artículo de reflexión se basa en una revisión a la historia de la teoría constitucional, desde la idea de contrato social presente en las revoluciones norteamericana y francesa, pasando por la noción de supremacía de la constitución kelseniana contrapuesta a la idea de supremacía del poder político schmittiana, hasta la Constitución Política de Colombia de 1991 y sus efectos sobre las decisiones política durante el gobierno presidencial de Álvaro Uribe desde 2002 hasta 2010, para finalizar con unas reflexiones en torno a la idea de la legitimidad de la jurisdicción constitucional, sus problemas y sus beneficios para el Estado constitucional de derecho.

Palabras clave: Jurisdicción constitucional, tribunales constitucionales, Constitución Política de 1991, legitimidad del poder político.

Legitimidad de la jurisdicción y de los tribunales constitucionales, necesidad de límites al poder y de garantía de derechos en Colombia después de la Constitución de 1991.

1. Sobre la noción de legitimidad del poder político.

Para hacer una adecuada revisión con respecto a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y, específicamente, los tribunales constitucionales, es necesario en primera medida hacer claridades sobre el concepto de *legitimidad* y cómo éste se relaciona con los poderes políticos instituidos por un poder instituyente.

En términos generales, la legitimidad alude a la relación entre los valores y creencias y el poder político que se ejerce; es el criterio que permite que el poder político se sustente en algo más que el mero uso de la fuerza o de la coacción. Dos autores que se han referido a la idea de la legitimidad como atributo del poder político son Norberto Bobbio y Max Weber. A continuación se mencionará cómo cada uno de ellos entiende este concepto:

De acuerdo con Mario Montoya Brand (2005), para Bobbio, la legitimidad es un atributo del poder político que indica el derecho a ejercer dicho poder en conformidad con el ordenamiento jurídico. Se trata del origen del poder, de si el soberano tiene derecho a ser obedecido por los súbditos, y determina la justicia de dicho poder. En ese sentido,

“Un poder puede considerarse legítimo cuando quien lo detenta lo ejerce con justo título, y el poder es ejercido con justo título sólo en la medida en que quien lo ejerce esté autorizado por una norma o un conjunto de normas generales que establecen en una determinada comunidad quién tiene el derecho de mandar y quiénes tienen y en qué circunstancias la obligación de obediencia” (Bobbio, 2003, págs. 256-257).

Bobbio (2003) también señala que en una monarquía absoluta la legitimidad está dada por aquella ley que indica la sucesión al trono; mientras que en un Estado parlamentario la legitimidad se evidencia en aquella parte de la Constitución que regula los poderes instituidos. Además, siguiendo a Max Weber y a Hans Kelsen, Bobbio indica que el poder legítimo se distingue del poder de hecho en cuanto el primero corresponde al ordenamiento coactivo del Estado, mientras el segundo puede asociarse con otros órdenes normativos que no se encuentran respaldados jurídicamente.

En ese sentido, Weber define tres tipos de legitimidad: 1. tradicional, 1. carismática y 1. legal-racional. En general, para este autor, “Legítimo [...] es aquello que las personas creen legítimo” (Del Águila, 2005, pág. 27). Así, la legitimidad tradicional apela a la creencia en el poder fundamentado en las tradiciones; son legítimos aquellos cuyo poder es ejercido en razón del influjo de valores tradicionales. La legitimidad carismática considera que el poder está fundamentado en las cualidades de heroísmo o de carácter del detentador de dicho poder o del orden normativo por él revelado. Por último, la legitimidad legal-racional hace referencia a aquel poder que se basa en aspectos legales y racionales provenientes de normas jurídicas; la legitimidad se obtiene por llegar al poder de acuerdo a procedimientos establecidos en reglas y leyes que lo determinan (2005).

2. ¿Por qué cuestionar la legitimidad de la jurisdicción y de los tribunales constitucionales?

Se hace difícil asociar la idea del control de la ley con una determinada concepción del derecho. En primer lugar, porque las dos grandes tradiciones de la jurisdicción constitucional (norteamericana y francesa) presentan orígenes, procesos y conclusiones muy diferentes; casi opuestos. En segundo lugar, porque las mismas concepciones del derecho (iusnaturalista y positivista) también se presentan de forma compleja, de modo que es difícil incluso articularse ideológicamente a una de ellas de manera exclusiva. Desde ciertas perspectivas, parece que el constitucionalismo obedece una tradición iusnaturalista específica, fuertemente asociada con el racionalismo en los siglos XVII y XVIII y cuyos postulados se terminan trasladando a un derecho positivo. Pero, en todo caso, la justicia constitucional se debe a concepciones del derecho que no implican una creencia acérrima en los poderes constituidos y que, por el contrario, busca que éstos tengan limitaciones a sus acciones partiendo de deberes morales; dichas concepciones están en la base de la ideología iusnaturalista.

Esas limitaciones al poder sugeridas por el iusnaturalismo aparecen en la idea de la soberanía popular, la cual se materializa en un texto constitucional; es una ficción útil para lograr la limitación al poder. Por eso, cuando en los procesos revolucionarios del siglo XVIII se daban los intensos debates en torno a la posibilidad de interpretación judicial de la ley para limitar el poder legislativo, o la prohibición de dicha interpretación para limitar al poder judicial, y la dualidad entre la discrecionalidad de los jueces y la legitimidad de los mismos, lo que estaba de fondo era la “creencia en que el texto constitucional es algo objetivo y cognoscible, capaz de generar en su interpretación acuerdos razonables, no necesariamente unánimes, acerca de su significado” (Prieto Sanchís, 2006, pág. 96).

Por lo anterior, es bastante comprensible que en Norteamérica haya surgido la justicia constitucional con una teoría de la interpretación bien asociada al positivismo: “el juez es casi la ‘boca muda’ de la ley” (Prieto Sanchís, 2006, pág. 96), ya que esa justicia constitucional se podría deducir fácilmente de la existencia de una Constitución normativa. De allí que Hans Kelsen buscara que el tribunal constitucional no tuviera contaminaciones políticas y que ejerciera su función a partir de su noción de la interpretación, la cual desde un plano descriptivo señalaba la posibilidad de interpretar para el juez, y desde un plano normativo se asociaba con la concepción europea de la primacía de la ley. En ese sentido, la discrecionalidad de los jueces pone en entredicho la legitimidad de la justicia constitucional, puesto que el significativo desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica parece agotar el derecho en la argumentación y la teoría de la Constitución en la teoría de la interpretación constitucional.

3. El constitucionalismo como efecto del derecho natural-racional y del contrato social.

El surgimiento de la vocación constitucionalista tiene orígenes fácilmente identificables en la concepción iusnaturalista del derecho, como la creencia en un derecho superior al derecho de los hombres y al cual tienen acceso todas las personas, y en la filosofía de la limitación del poder político que se da lugar ante el fortalecimiento del Estado moderno,

entre otros. Sin embargo, como señala Luis Prieto Sanchís (2006), no puede aducirse una correspondencia absoluta entre el iusnaturalismo y el constitucionalismo por varias razones; en primer lugar, el constitucionalismo proviene de diversas tradiciones (que si bien incluyen al iusnaturalismo racionalista, no excluyen las demás); en segundo lugar, porque históricamente el iusnaturalismo ha actuado como legitimador de los poderes constituidos y no como una crítica que busque limitarlos.

En ese orden de ideas, considerando la dificultad para identificar el constitucionalismo con el iusnaturalismo o con el iuspositivismo, conviene reconocer descriptivamente su origen más que asociarlo específicamente con una concepción específica del derecho. Se trata de un origen que tuvo lugar en un contexto específico, en el cual se pretendió que la relación entre los poderes instituidos y quienes estaban sujetos a dichos poderes fuese una relación jurídica, regulada y con una reglamentación conocida por ambas partes. Aquí surgieron las nociones de poder constituyente y de soberanía popular; el poder supremo comienza a serle atribuido al pueblo en vez de al gobernante; se traslada la idea de legitimidad tradicional a la de legitimidad legal-racional, según la clasificación weberiana.

A este contexto histórico se le suma el surgimiento del contrato social, el cual se da como efecto del racionalismo que, a su vez, proviene de la secularización del derecho natural en Europa. Ese contrato social se entiende como una reconfiguración en la comprensión de los poderes instituidos, pasando de ser realidades naturales a ser artificios de los individuos, los cuales, como pueblo, construyen al Estado. El consenso que hay en la base del contrato está entonces fuertemente ligado al derecho natural, o mejor, a los derechos naturales, ya que éstos son la causa del poder político, en cuanto es la libertad humana la que permite llevar a cabo el pacto, y son, a su vez, la justificación de dicho poder, pues éste se legitima en razón de la mejor protección de esos derechos.

Tal legitimidad del poder otorgada por el derecho natural se pone en la base de las declaraciones de derechos expedidas en los orígenes de los Estados liberales modernos. En la historia de dichos Estados hay dos tradiciones que han influenciado significativamente el constitucionalismo moderno y la correspondiente existencia de la jurisdicción constitucional, estas tradiciones son la norteamericana y la francesa; sobre cada una de ellas se mencionará a continuación las particularidades en relación con sus procesos de consolidación y con sus ideas sobre la posibilidad de ejercer un control constitucional a la creación y a la aplicación de la ley.

4. El constitucionalismo y la jurisdicción constitucional en Norteamérica.

Si bien el derecho natural-racional no fue la única fuente de origen del constitucionalismo norteamericano, ya que éste también se nutrió de la tradición inglesa y tenía una evidente marca religiosa, aspectos que, por lo demás, no eran contradictorios entre sí, la protección de derechos perseguida en este proceso sí tenía un fuerte tinte iusnaturalista y racional; en primer lugar, como lo afirmaba Otis, el Parlamento inglés excedía sus límites, por lo cual, según los jueces de Inglaterra, las decisiones contrarias a la equidad natural deberían anularse; en segundo lugar, de acuerdo con Thomas Jefferson, las leyes naturales, y no la voluntad del gobernante, eran la fuente de los derechos, por lo cual, cuando el rey vulneraba dichos derechos el pueblo podría usar su poder sin limitaciones. Se comprende

entonces que en esta tradición “la Constitución es un acto fundacional que tiene por objeto hacer de la protección de los derechos naturales el fundamental límite al gobierno” (Prieto Sanchís, 2006, pág. 44).

Este modelo siguió los postulados de la teoría del contrato, por cuanto considera que el poder reside en el pueblo y se deriva de él, por lo cual los representantes deben sujetarse a dicho poder. En ese sentido, la presencia del derecho natural está dada en cuanto a la inalienabilidad de los derechos naturales y al fundamento consensual del Estado como garante de la protección de tales derechos. Este constitucionalismo obedece entonces a las formas racionales de la Ilustración, implementando una legitimidad racional en lugar de aquella propia de la historia; obedece también a la creencia en la posibilidad de identificación entre casos concretos y situaciones diversas, por lo cual la razón humana podría encontrar los patrones de tal identificación. De acuerdo con Prieto Sanchís, se trata de una “traslación al Derecho positivo de las categorías propias del Derecho natural” (2006, pág. 47).

Por otra parte, el régimen constitucional norteamericano puede considerarse como restaurador y como fundacional al mismo tiempo. El sentido restaurador estaba dado por la intención de recuperar derechos que estaban siendo oprimidos por el Parlamento inglés; el sentido fundacional se debía a que estaba surgiendo una nueva entidad política enmarcada en unos “derechos naturales imprescriptibles” (Prieto Sanchís, 2006, pág. 48). Además, el proceso norteamericano no estaba dado en contra de un viejo régimen —como sí el francés—, sino que pretendía más bien sostener la libertad y la igualdad con las que de antemano contaban, incluso en contra de su Parlamento. Por eso, puede afirmarse que lo que se cambia aquí no es el sentido de los derechos sino su función.

La búsqueda de esta revolución era por un Parlamento limitado, que no cayera en las violaciones de los derechos reconocidos como naturales. Y para ello, la Constitución era el garante perfecto, puesto que allí se limitarían los poderes instituidos en cuanto a que se trataba de un conjunto de reglas a las cuales todos se atenderían. La legitimidad de dichos poderes consistía entonces en estar al servicio de los derechos, ya que éstos eran innegociables e irrenunciables; así, las instituciones eran instrumentos creados por el pueblo cuyo propósito era proteger tales derechos. De allí que, cuando un poder instituido dejaba de ser protector para el pueblo, éste último podría reformarlo o abolirlo y dar paso a uno nuevo.

Esa desconfianza suscitada por parte del Parlamento inglés y, sumada a ella, el iusnaturalismo racionalista, dan paso a la idea de la supremacía constitucional, la cual pone en evidencia la necesidad de ejercer un control sobre las leyes. Tal idea es acogida por los constituyentes norteamericanos, siendo materializada en lo que se conoce como la *judicial review*. Los argumentos para ello son expuestos por Hamilton en *El Federalista*, según los cuales los actos que vulneren la Constitución, considerada ley suprema, deberán ser nulos, ya que los poderes instituidos no pueden ser superiores al instituyente. De ahí que sólo el pueblo tenga la potestad para modificar o abolir preceptos constitucionales o la Constitución en extenso, y que mientras eso tenga lugar los mandatarios deban acogerse a ésta sin ningún poder para violarla.

En ese orden de ideas, considerando la debilidad de los jueces, ya que no poseen fuerza ni voluntad, sólo discernimiento, a éstos se les otorga la facultad para declarar nulos los actos legislativos contrarios a la voluntad constitucional. Se entiende entonces que los jueces deberían interpretar el sentido verdadero de la Constitución y que sus declaraciones de nulidad tendrían lugar en caso de hacerlas sobre actos contrarios al “sentido evidente” (Prieto Sanchís, 2006, pág. 51) de la Constitución; es decir que ésta contendría reglas y no sólo principios.

Aunque la revisión judicial no quedó expresamente consagrada en el texto constitucional norteamericano y se considera una facultad judicial que se consolida más bien con la historia, se encuentra ésta función como evidencia de la intencionalidad norteamericana de ejercer un control al poder legislativo y a la ley misma en razón de los derechos naturales que se pretendía proteger con la expedición de la Constitución; por ello los jueces, como titulares de ese control, eran la última instancia, la más cercana al pueblo, pudiendo inaplicar, a partir de su propio juicio, determinadas leyes de acuerdo con la situación específica que se estuviese juzgando.

5. El constitucionalismo y la jurisdicción constitucional en Francia.

El gran proceso revolucionario en Europa a finales del siglo XVIII estuvo nutrido en gran medida por el reflejo del constitucionalismo norteamericano, específicamente en cuanto al reconocimiento de unos derechos naturales inalienables para todos los hombres y a la necesidad de que todos los poderes públicos estuviesen limitados en virtud de dichos derechos. Aunque, al contrario de lo sucedido en Norteamérica, los revolucionarios franceses sí buscaban una ruptura con el *ancien régime*, en razón de lo cual la historia no tenía un carácter relevante y aquella fuerza iusnaturalista en la consagración de los derechos no requería aprobación del pasado, sino un reconocimiento racional, laico, de aquellos derechos que no surgían voluntariamente, sino que eran preexistentes y por tanto sólo se exponían.

Si bien para los norteamericanos, inspirados en Montesquieu, la defensa de la Constitución debía estar en manos de los jueces, contra los riesgos de despotismo por parte del legislativo, para los franceses “los acontecimientos no se decantaron en favor de ningún ‘gobierno de los jueces’, sino más bien en favor del ‘legicentrismo’, de la omnipotencia del legislador y, por tanto, en contra de toda forma de control de la ley” (Prieto Sanchís, 2006, pág. 56). Aunque algunos participantes de este proceso constituyente, como Condorcet, sí previeron la posibilidad de limitar al poder legislativo, de modo que los derechos naturales fuesen declarados expresamente para que las decisiones de este poder no fuesen en detrimento de tales derechos.

Sin embargo, para Condorcet no era concebible algo similar a la revisión judicial, sino que la idea del control a la ley la asociaba con la apelación directa al pueblo. Para este político francés existían tres tipos de libertad: la natural, la civil y la política; la primera consistente en el derecho de hacer todo lo que no haga daño a los demás; la segunda, en no obedecer sino a las leyes; y la tercera, en participar en la creación de aquellas leyes a las cuales se estará sujeto; por ello el poder legislativo podría ser legítimo en la medida en que garantizara la libertad política, aunque vulnerara la libertad natural. Así que la solución

propuesta en Francia consistiría en convocar al pueblo a ejercer un derecho de censura de las leyes ordinarias o a las reformas constitucionales y/o referendos; se trataba de un “control popular y no judicial de la ley” (Prieto Sanchís, 2006, pág. 58).

Los procesos constituyentes girondino y jacobino, que se dieron durante el período revolucionario en Francia, fueron muestras de la consideración de posibilidad de despotismo por parte del legislador y la consiguiente necesidad de defender la Constitución, pero en ninguno tuvo lugar el poder judicial como depositario del control de constitucionalidad de la ley; de hecho, en la Constitución girondina estaba expresamente prohibida la interpretación judicial de las leyes, así como la suspensión de la ejecución de éstas. Sin embargo, un intento similar al norteamericano fue propuesto por Sieyès con la figura de un *jurie constitutionnaire*. Para este teórico constitucional, el derecho natural está por encima de la idea de soberanía nacional —ficción con la cual este mismo personaje reemplaza la noción de soberanía popular, yendo en detrimento de las ideas de Rousseau—; por tal razón la Constitución era para él mucho más que un pacto arbitrario entre los hombres en tanto obedecía a una cadena de verdades referentes a los derechos naturales.

En ese sentido, Sieyès plantea la necesidad de establecer un tribunal constitucional, puesto que, como norma jurídica obligatoria, la Constitución debía tener un guardián que previera las infracciones a esta norma y consiguientemente garantizara su obediencia. “Ni la propuesta de Sieyès ni ninguna otra tendente a la creación de algo parecido a una justicia constitucional lograron prosperar en la Francia revolucionaria y menos aún a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX” (Prieto Sanchís, 2006, pág. 63); y más bien, la tradición francesa vino a otorgar una supremacía jurídica a la ley en tanto norma emitida por el Parlamento, quien actuando en representación del pueblo, también representaba con sus decisiones la voluntad general de éste.

En ese importante paso del contractualismo —ideología relacionada con el contrato social— al legalismo extremo se rompe con varias de las premisas con las que Rousseau argumentó la legitimidad de la ley; la ley como expresión directa de la voluntad general sin ninguna representación en su creación: en primer lugar, el traslado de la soberanía del pueblo a los representantes; en segundo lugar, la implementación de un sufragio censitario con el cual la participación en la toma de decisiones estaba dada en razón de condiciones como la propiedad, la cultura, el género, etc.; en tercer lugar, la formalización de la ley, según lo cual la legitimidad de ésta se consideraba siempre y cuando cumpliera requisitos específicos para su formación, independientemente de su contenido material.

Sin embargo, lo relevante es que este proceso constitucional llevó de la mano los planteamientos propios de la idea de la jurisdicción constitucional, la cual más adelante se iría materializando en la creación de tribunales constitucionales encargados de velar por el cumplimiento de las Constituciones, tanto al momento de la creación de las leyes como en la aplicación de éstas.

6. La legitimidad constitucional y la idea del tribunal constitucional de Kelsen.

En el período comprendido entre finales del siglo XIX y principios del XX hubo una serie de regímenes políticos, pero no existían Estados democráticos; se rechazaba la idea de

soberanía popular; en relación con ello, había dos modelos principales de Estado: el alemán y el inglés. En el primero se reconocía la soberanía estatal, esto es: no se reconocía el poder constituyente del pueblo, pues prevalecía el temor a la democracia; en el segundo se reconocía la soberanía parlamentaria, otorgando un carácter sagrado a la ley. La primera Constitución democrática del siglo XX fue la de la república de Weimar, la cual retomó las ideas del poder constituyente y de la inviolabilidad de los derechos fundamentales. Sin embargo, esta Constitución no estableció un mecanismo para garantizar la constitucionalidad de las leyes, además el Parlamento era el órgano central, encontrándose éste limitado por el Presidente del Reich. Esta Constitución fue el centro del debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt en relación sobre quién debía ser el guardián de la Constitución.

Kelsen proponía la existencia de un tribunal constitucional que defendiese la superioridad de la Constitución sobre las demás normas de los ordenamientos jurídicos; primero lo propuso para Austria y posteriormente para Weimar. Así, planteó la idea de la democracia constitucional, señalando que ésta se daría en Estados republicanos —en contraposición a los monárquicos— donde se reconociera el pluralismo del pueblo en lugar de su homogeneidad, y donde existiese un régimen parlamentario —siempre y cuando estuviese en consonancia con la idea de pluralismo— en lugar de uno presidencial.

El reconocimiento constitucional del pluralismo expuesto por Kelsen podría considerarse una innovación en cuanto a la posibilidad de anular una ley para proteger a las minorías frente a los excesos de las mayorías —preocupación que estuvo presente en el proceso constitucional norteamericano—; en ese sentido, la ley no podría llegar a ser un producto de la voluntad general, dando lugar así al problema jurídico de la regularidad de la ley, el cual consistía en la correspondencia entre los escalones de la creación de la ley, esto es: los actos de ejecución de las sentencias deben estar conformes a la propia sentencia, la cual debe corresponderse con los actos administrativos, que a su vez deben cumplir lo dictado por los reglamentos, los cuales obedecen a la ley, y ésta última debe estar en consonancia con la Constitución. Se entiende entonces que la Constitución regula la producción y creación de la ley y que ésta ejecuta la aplicación del derecho; y esa misma relación recíproca está presente en todos los escalones del ordenamiento jurídico. Adicionalmente, aparecía el problema de la anulabilidad de la ley, consistente en la posibilidad de sacar del ordenamiento jurídico una ley que fuese contraria a la Constitución; esto representaba inseguridad jurídica para el pueblo cuando se les otorgaba a los jueces la discrecionalidad para determinar la inconstitucionalidad de una ley en los casos juzgados.

Por su parte, Carl Schmitt proponía en su teoría de la Constitución que ésta era democrática cuando expresaba la unidad y la homogeneidad del pueblo alemán, señalando que su defensa le correspondía al Presidente del Reich porque ello favorecería la estabilidad del Estado, porque esa era su función en razón del juramento que hacía de salvaguardar la Constitución, porque su elección era democrática y porque su principal función era representar la unidad y la continuidad política del Estado; con ello afirmaba una supremacía del Estado sobre la Constitución. En ese sentido, este pensador señalaba que la existencia de un tribunal constitucional era una especie de aristocracia constitucional.

Luego de que Schmitt expresara estas ideas, Kelsen expresó —como una forma de respuesta— que el guardián de la Constitución no podría ser el Parlamento, ya que éste era quien creaba la ley, por lo cual no habría lugar a que los parlamentarios declararan la inconstitucionalidad de normas creadas por ellos mismos; tampoco podía la guarda de la Constitución estar en manos del Presidente, según Kelsen, por las mismas razones que no debía estar en manos del Parlamento. Debía entonces existir un tribunal constitucional que ejerciera tal función. A ello responde Schmitt diciendo que tal tribunal iría en detrimento de la soberanía parlamentaria y del principio de separación de poderes. Kelsen refuta señalando que el Parlamento no ostenta tal soberanía, puesto que sólo actúa como representante del pueblo cuya soberanía está siendo representada, más no usurpada; y que la separación de poderes debe entenderse como un principio diferente de la división, teniendo lugar más bien la idea de pesos y contrapesos prevalente en el modelo constitucional norteamericano.

Sobre esa concepción de que el tribunal constitucional atentaría contra la separación de poderes, el debate continúa abierto, puesto que algunos críticos de esta idea señalan que el tribunal no tiene legitimidad para legislar ya que no es elegido democráticamente y que su función de anulación de la ley es, de cierta forma, un acto legislativo (en el sentido amplio de este concepto); esta crítica también fue expuesta por Schmitt, ante la cual Kelsen argumentó que precisamente se trataba de una forma de legislación en sentido negativo, por lo cual no se requería la aprobación democrática para que este órgano tuviera legitimidad. En síntesis, para Kelsen una Constitución no tendría carácter de obligatoriedad en tanto no tuviera una garantía para llevar a cabo la anulación de las leyes que la contrariasen.

En cuanto a la propia función del tribunal constitucional, Kelsen planteaba que

“el juez constitucional debe ser un tercero imparcial llamado a verificar un juicio de compatibilidad lógica entre dos productos normativos acabados, la Constitución y la ley, sin que en su juicio deban pesar ni los intereses o valoraciones que pudo tomar en consideración el legislador, ni aquellos otros que ha de tener presente un juez ordinario a la hora de resolver un caso concreto” (Prieto Sanchís, 2006, págs. 86-87).

Sin embargo, es importante resaltar que los postulados de Kelsen se corresponden con una idea de Constitución que en la actualidad se ha transformado bastante; y es que el jurista alemán suponía una Constitución en sentido procedimental y someramente en sentido material. Pero en nuestros días, la idea de Constitución se asocia fuertemente con la promulgación de derechos y obligaciones y, en ese sentido, la jurisdicción constitucional rompe con la tradición legalista que venía de la revolución francesa y con la supremacía parlamentaria propia de los modelos constitucionales europeos.

7. Problemas constitucionales en Colombia, los excesos democráticos de las mayorías y la necesidad de protección a las minorías.

La Constitución Política de Colombia de 1991 fue un proyecto que, de entrada, se podría considerar débil; sus principales propósitos, el logro de la paz y la garantía de derechos mínimos, como la vida, fracasaron. Era un proyecto débil en cuanto al contractualismo y a la búsqueda de la participación popular mayoritaria. Además significó a la vez un pacto de

paz entre el pueblo y un pacto de guerra entre el gobierno y los grupos alzados en armas, cerrando las posibilidades de diálogos en contraposición a las intenciones ciudadanas al momento de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente —ANC—. Esta Constitución puede considerarse ilegítima por no obtener los requisitos que garantizarían la legitimidad de un contrato social y porque no se expresó como una voluntad general mínimamente unificada en cuanto al número de votantes que convocaron a la ANC. Las falencias de esta Constitución eran entonces producto de la misma obra constitucional, más que de la pervivencia del conflicto armado en el país.

Sobre este proceso constitucional pueden señalarse varias conclusiones, siguiendo los postulados de filosofía política de John Rawls en relación con la democracia de las mayorías en defensa de las minorías y con el liberalismo procedimental en el que se sustenta ese tipo de democracias. Rawls propone una democracia consensual fundada en un consenso entrecruzado, compuesto por una primera etapa de consenso constitucional en la que se busca moderar el conflicto y otorgar poder a sus actores para una convivencia pacífica, y una segunda etapa en la que se daría propiamente el consenso político de acuerdo a un ideal de sociedad programado colectivamente.

En ese sentido, la Constitución del 91 fue un acuerdo de la mayoría y no un consenso, por lo cual no cuenta con la legitimación política necesaria para que tenga la validez y la eficacia que se requieren para la estabilidad social deseada. Adicionalmente, las facciones representadas en este proceso determinaron los intereses que lo enmarcaban; así, el Partido Liberal y el Movimiento de Salvación Nacional impusieron sus visiones de establecer un “esquema neoliberal de internacionalización de la economía” y de “afianzar un proceso de reconciliación nacional sin los actores políticos del conflicto”; y la Alianza Democrática M-19 no pudo resistirse a estos propósitos “gamonalistas” (Mejía Quintana, 2013, pág. 105). El tinte progresista que tenía el proyecto constitucional sólo camuflaba los intereses neoliberales del bipartidismo. Sin embargo, esta Constitución de 1991 le dio a Colombia, por segunda vez desde 1863, un dejo de modernidad política que había sido minado por la de 1886; se convirtió en la promesa de un Estado social de derecho, con garantía de los derechos fundamentales y de una democracia participativa.

Por otra parte, diversas situaciones que se fueron presentando en el país, pusieron en entredicho la legitimidad de esta Constitución; el surgimiento de Pablo Escobar como líder carismático que representaba las posibilidades de obtener logros al margen de la ley; las rupturas de los diálogos de paz durante el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002) cuando las FARC aprovecharon ese contexto para continuar cometiendo actos beligerantes; y, en fin, la reacción ciega del pueblo por la impotencia para lograr la paz, evidenciada al elegir a Álvaro Uribe Vélez en 2002 por su representación de la “guerra contra la guerrilla” (Mejía Quintana, 2013, pág. 107).

Para Óscar Mejía Quintana, en su texto *A dos décadas de la Constitución Política de 1991* (2013), esta última situación es equiparable al *Leviatán* de Thomas Hobbes. Las dos elecciones de Álvaro Uribe (en 2002 y en 2006) con independencia de sus comprobados nexos con el paramilitarismo y el narcotráfico, se pueden entender como un sacrificio de la libertad y de la democracia a cambio de seguridad. Las mayorías seguidoras de este líder reconocen este modelo de gobierno como el más adecuado para consolidar la distinción

amigo-enemigo propia del ya mencionado Carl Schmitt, propendiendo por la deslegitimación, el combate y la derrota de las FARC y de la guerrilla en general. En ese convulso contexto, el país se polariza entre “unas mayorías totalitarias y unas minorías arrinconadas” (Mejía Quintana, 2013, pág. 108). Esa dualidad entre mayorías y minorías se pone de manifiesto en la siguiente cita del texto de Mejía Quintana:

“No sólo la guerrilla es vista como enemiga: la intelectualidad, las «elites bogotanas», defensoras pese a todo de la institucionalidad, la comunidad LGBT, las mujeres y sus aspiraciones de equidad, las formas de vida diferentes, las subculturas urbanas nacientes, todo el que no se sometiera a los estándares del ethos dominante del líder, sus métodos, su retórica, era considerado un enemigo y como tal denunciado y, en no pocos casos, asesinado por los téticos e invisibles tentáculos de un régimen que, como diría Boaventura de Sousa Santos, eran la expresión de un “fascismo social” imperante en Colombia” (2013, pág. 109).

La reelección de Álvaro Uribe en 2006 acentuó en Colombia una identidad —ante la falta de tener una propia— con el autoritarismo, la religiosidad, la fuerza, en contraste con la autoridad, la libertad de cultos y la inclusión social consagradas constitucionalmente. Y la aprobación mayoritaria de esta forma de “identidad política” fue convalidada por lo que los medios de comunicación han denominado el “Estado de opinión” y que el expresidente colombiano señalaba como una fase superior del Estado de derecho. Tal desinstitucionalización se ve fortalecida por la participación uribista en los organismos de control y por la estigmatización tanto de la coalición como de la oposición, como apéndice o como enemigo, respectivamente, del poder ejecutivo, disminuyendo la posibilidad de establecer frenos y contrapesos entre los poderes públicos y de ejercer un control externo al poder.

Siguiendo nuevamente a Schmitt, Mejía Quintana señala que el gobierno de Álvaro Uribe podría denominarse “la constitucionalización de la excepcionalidad” (2013, pág. 113), por haber adoptado sistemas de seguridad que se contraponían a la democracia y a las garantías constitucionales en virtud de la distinción amigo-enemigo.

En síntesis, la Constitución del 91 debe ser entendida como un pacto abierto, es decir, un pacto que, en la medida en que no fue consensuado, debe contar con la posibilidad de replantearse dando en ella cabida a todo el pueblo; debe además considerar mecanismos que impidan los excesos de autoridad vividos en el gobierno de Álvaro Uribe; y debe ser, en últimas, una constitución que permita su restablecimiento democráticamente en aras de “un consenso por la Constitución, la democracia y la institucionalidad” (Mejía Quintana, 2013, pág. 116).

8. Reflexiones finales sobre la legitimidad de la jurisdicción y de los tribunales constitucionales.

En términos generales, si la legitimidad del poder político hace referencia a su origen, puede concluirse que la existencia de la jurisdicción constitucional es legítima, siempre y cuando ésta sea creada de acuerdo a los mecanismos y a los procedimientos previamente contemplados por el ordenamiento jurídico para dicha creación, con independencia de que

los magistrados respondan a una elección democrática. Pero no se pueden considerar sólo los aspectos formales de este tribunal, también será necesario considerar su legitimidad en razón de la función que desempeñan; de sus aspectos materiales.

En ese sentido, el principal propósito de la existencia de la jurisdicción constitucional, la cual se materializa en los tribunales constitucionales, es velar por la garantía de los derechos de las personas y por los límites al poder político en la medida en que busca que las decisiones correspondientes al ordenamiento jurídico tengan coherencia lógica con la Constitución de un Estado. Esas funciones ejercidas por los tribunales constitucionales develan un problema que redundará en el cuestionamiento a la legitimidad de la jurisdicción constitucional: aparece una tensión entre los límites al poder y la garantía de los derechos —aún en contra de las mayorías cuando se trata de derechos de las minorías— frente a la democracia, específicamente la democracia representativa.

Garantizar los derechos, especialmente aquellos de las minorías que suelen ser más vulnerables y más vulneradas, implica limitar al poder y controlar a las mayorías, pues éstas últimas permiten que las decisiones tomadas correspondan a criterios favorables para las poblaciones que tienen mayor representatividad dentro de la masa del pueblo, desvaneciéndose así los intereses de las minorías, cuya condición de minoría viene determinada por aspectos de etnia, género, cultura, educación, edad, etc. Asimismo, la democracia representativa se asocia fuertemente con esa tendencia a la protección de las mayorías en detrimento de las minorías, puesto que, por diversas razones, son las mayorías las que tienen más facilidades para ejercer sus derechos políticos y obtener la consiguiente representación en la toma de decisiones. Esta dualidad permite entender, en cierta medida, la relevancia de que la Constitución tenga una protección especial, diferente a la de las demás normas del ordenamiento jurídico, puesto que su creación obedece a tradiciones que la reconocen como un artificio del pueblo para el pueblo, como producto de un pacto entre las personas para limitar sus propias libertades en razón de proteger sus derechos —o al menos así lo intentan—, por lo cual la jurisdicción constitucional se explica y se justifica.

Por último, retomando lo expuesto en referencia a la Constitución Política de Colombia de 1991, puede evidenciarse una serie de prácticas de abuso de poder cometidas durante el gobierno del expresidente Álvaro Uribe; su reelección en 2006 fue el mecanismo por el cual tales prácticas se fortalecieron y se legitimaron ante la sociedad. Por eso, de no haber existido una Corte Constitucional en Colombia, responsable de vigilar y controlar la conformidad de las decisiones políticas con la Constitución, pudo haberse posibilitado la perpetuación en el poder por parte del mandatario mencionado y la realización de prácticas mucho más autoritarias, sin que el cuestionamiento a éstas tuviese lugar por provenir de una autoridad elegida por deliberación del pueblo. Además, podría considerarse que el modelo de gobierno que se vivió durante este periodo fue el schmittiano, donde primaba la distinción amigo-enemigo al momento de la toma de decisiones políticas. Recordando que para Schmitt el guardián de la Constitución es el Presidente, si esta idea hubiese prevalecido en Colombia, los excesos democráticos-autoritarios hubiesen alcanzado niveles impensables, la segunda reelección habría tenido lugar, y las minorías hubiesen sido aún más socavadas de lo que llegaron a ser en este gobierno. Puede atribuirse entonces a la presencia de una jurisdicción constitucional parte del hecho de que los excesos no llegaran a niveles mayores, y ello hace que estos tribunales sean órganos legítimos,

independientemente de los procedimientos con los cuales se constituyan, pues, de cualquier manera, no están ejerciendo su función al margen de la ley y dicha función, además de representar un beneficio para la sociedad, está respaldada en el propio reglamento constitucional.

BIBLIOGRAFÍA.

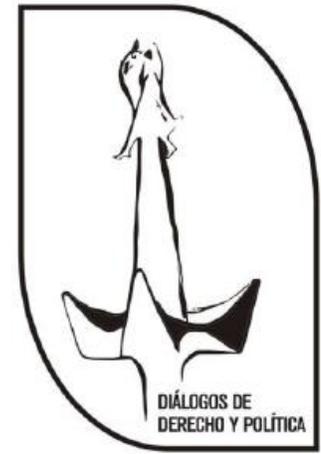
Bobbio, N. (2003). Política y derecho. En N. Bobbio, *Teoría general de la política* (págs. 237-276). Madrid: Trotta.

Del Águila, R. (2005). La política: el poder y la legitimidad. En *Manual de ciencia política* (págs. 21-34). Madrid: Trotta.

Mejía Quintana, Ó. (2013). A dos décadas de la Constitución Política de 1991. *Araucaria. Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, 15(29), 99-116.

Montoya Brand, M. (2005). Derecho y política en el pensamiento de Bobbio: una aproximación. (I. d. políticos, Ed.) *Revista de estudios políticos*(26), 89-115.

Prieto Sanchís, L. (2006). Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional. *Revista Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e historia constitucional*(4), 21-99.



Pensión de invalidez de origen mixto y responsabilidad económica de las aseguradoras, en el sistema pensional colombiano.¹

Carlos Arturo Díaz Mejía

Abogado y 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.

Dentro del Sistema Pensional Colombiano se debe empezar a reconocer la Pensión de Invalidez de Origen Mixto, la cual se puede otorgar a partir de que se logre determinar una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, mediante la sumatoria de porcentajes de origen laboral y origen común, cuando estos por separado son inferiores al 50%. Esta pensión se determina a partir de la Sentencia C 425 de 2005 de la Corte Constitucional, que declara inexecutable el parágrafo 1 del artículo de la Ley 776 de 2002, y surge por la existencia de un afiliado al Sistema General Pensional que materialmente es invalido, pero que por tratarse de patologías de origen diferente, queda formalmente impedido para el reconocimiento de la pensión de invalidez. El cubrimiento económico derivado del reconocimiento de la Pensión de Invalidez de Origen Mixto, se hace de acuerdo a la corresponsabilidad entre las Aseguradoras de Fondos Pensionales y las Aseguradoras de Riesgos Laborales, teniendo en claro que el pago queda en cabeza de una de ellas, atendiendo al principio de indivisibilidad de la mesada pensional, repitiendo esta ante la otra aseguradora por lo que proporcionalmente le corresponda.

Palabras clave: Calificación de Invalidez, Pensión de Invalidez de Origen Mixto, pérdida de la capacidad laboral, Sistema Pensional.

Pensión de invalidez de origen mixto y responsabilidad económica de las aseguradoras, en el sistema pensional colombiano.

Introducción.

El Sistema General de la Seguridad Social Colombiano, consagra el Sistema General de Pensiones, dentro del cual se atienden las contingencias derivadas de la pérdida de la capacidad laboral tanto de origen común como de origen laboral, atendidas cada una por las Aseguradoras de Fondo Pensional y por las Aseguradoras de Riesgos Laborales respectivamente, para acceder a los beneficios de la pensión de invalidez se deben cumplir varios requisitos exigidos de acuerdo a su origen, siendo común a las dos una calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado igual o superior al 50%.

Por tratarse de dos sistemas diferentes no se consagraba, o más bien no se permitía la suma de patologías anteriores para aumentar el grado de discapacidad, esto, de acuerdo al parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, lo que en muchas ocasiones llevó a permitir que existiera al interior del Sistema Integral de Seguridad Social, un individuo trabajador materialmente inválido aunque formalmente no lo esté para el sistema, quedando el afiliado desprotegido, sin tener en cuenta que legalmente es un sujeto que cuenta con protección especial y reforzada de acuerdo a los postulados de la Constitución Política.

En la Sentencia C425 de 2005, la Corte Constitucional declaró inexecutable el parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, en dicha sentencia la Corte argumentó que, “al prohibir la norma que se aumente el grado de discapacidad con base en patologías anteriores, está desconociendo la realidad física del trabajador a proteger, para darle prioridad al formalismo de asunción del riesgo creado”.

Y es a partir de esta sentencia que se puede empezar a hablar de “Pensión de Invalidez de Origen Mixto”, la cual no está consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano, esta pensión se podría definir como la oportunidad de adquirir el derecho a recibir los beneficios económicos, que permitan cubrir las contingencias derivadas de la pérdida de la capacidad laboral, permitiendo al afiliado la sumatoria de porcentajes de discapacidad de origen común y de origen laboral, cuando cada porcentaje individualmente sea inferior al 50%, y mirados conjuntamente sumen el 50% o más de pérdida de la capacidad laboral.

El derecho a la “Pensión de Invalidez de Origen Mixto” es incierto, escaso y desconocido por parte de los afiliados al Sistema de Seguridad Social, debido a que no hay una regulación para determinar su reconocimiento, ni de las obligaciones que se le derivan a las aseguradoras; tampoco es claro si hay corresponsabilidad entre ellas y de ser así en cabeza de quien está la respectiva obligación de hacer el pago al afiliado atendiendo al principio de indivisibilidad de la mesada pensional.

Para el desarrollo de este trabajo se hará uso de la normatividad vigente en el Sistema de Seguridad Social, jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, lo que permitirá crear un concepto sobre la “Pensión de Invalidez de Origen Mixto”, definir los requisitos para acceder, determinar la corresponsabilidad entre las

Aseguradoras de Fondos Pensionales y las Aseguradoras de Riesgos Laborales, y el origen de la misma, atendiendo al orden de la pérdida de la capacidad laboral; mediante el desarrollo de los objetivos planteados y el alcance en materia pensional de la Sentencia C 425- de 2005, de la Corte Constitucional, y las posturas de la Corte Suprema de Justicia.

1. Síntesis histórica de la seguridad social en Colombia

A lo largo de los años el Sistema de Seguridad Social en Colombia ha presentado una gran evolución, adaptado una serie de reformas con el fin de asumir los cambios de una sociedad cambiante como la colombiana, este recuento se puede analizar en el informe Retos y Alternativas para Aumentar la Cobertura (2010):

El Sistema de Seguridad Social en Colombia tiene origen en los años 1945 y 1946, con la creación de la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS). Es así como con la Ley 6 de 1945 se generalizaron los derechos a pensión, salud y riesgos profesionales de los trabajadores. No obstante tan sólo con la Ley 90 de 1946 se estableció un sistema de seguridad social propiamente dicho como patrimonio autónomo y se reconocieron las prestaciones laborales, entre ellas el derecho a una pensión de jubilación, primas de carácter no salarial y ayudas relacionadas con la prestación de servicios de salud.

De esta manera se crearon más de 1000 cajas de previsión, tanto nacionales como territoriales, que se financiaban principalmente con aportes del Estado Colombiano y de los trabajadores públicos. Como resultado se obtuvo un régimen de prima media en donde todos los aportantes contribuían a un fondo común de naturaleza pública concentrado en el Instituto Colombiano de los Seguros sociales ICSS, con afiliados provenientes principalmente de empresas del sector privado, una base pequeña de trabajadores por cuenta propia y un sistema disperso de regímenes que cubrían a los empleados del sector público, el ejército y la policía.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se facilitó la reestructuración del sistema pensional, pero fue la Ley 100 de 1993 la que reformó de manera estructural la seguridad social del país y se sentaron las bases del actual sistema. En dicha ley se tuvieron varios objetivos tal como lo afirma Bonilla (2001):

Adicionalmente tuvo el objetivo de ampliar la cobertura, adecuar la edad de retiro a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida del país, equilibrar la relación entre contribuciones y beneficios, reducir costos de administración y mejorar los rendimientos de los aportes para garantizarla sostenibilidad futura del sistema. De esta manera se pretendió adecuar el sistema pensional de Colombia con las necesidades demográficas y económicas actuales, y dar cumplimiento a las características propias de un Estado Social de Derecho.

1.1. Seguridad social integral

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, se define desde su preámbulo como:

El conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen las personas y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

Su objeto de acuerdo al artículo 1 de la Ley 100 de 1993 es “garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”.

1.2.Ley 100 de 1993.

En el informe Retos y Alternativas para Aumentar la Cobertura (2010), sobre la Ley 100 de 1993 se hace el siguiente análisis:

A partir de la promulgación de la Constitución de 1991 y con el ánimo de corregir las distorsiones que existían en el sistema, se aprobó la Ley 100 en el año de 1993. Con esta reforma se creó el sistema general de pensiones, compuesto por dos regímenes mutuamente excluyentes: Régimen de Prima Media (RPM) con beneficios definidos que agrupó todas las cajas existentes, y un Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), manejado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs). Los objetivos más importantes de la reforma eran: lograr el equilibrio fiscal; aumentar la cobertura, especialmente para los más vulnerables y mejorar la equidad; fortalecer el sistema financiero; y mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos. En la reforma inicialmente se planteó la eliminación del Régimen de Prima Media.

En el Régimen de Prima Media las contribuciones van a un fondo común estableciendo una serie de requisitos en términos de edad, ingreso base de cotización, y semanas cotizadas que, una vez se cumplen, permiten obtener unos beneficios fijos. En el Régimen de Ahorro Individual los aportes se depositan en cuentas individuales que son propiedad de los afiliados. Los beneficios, entonces, varían según el monto y oportunidad del capital ahorrado y el rendimiento que se obtenga con las inversiones en el mercado de capitales. Adicionalmente, no se tienen que cumplir requisitos específicos de edad u otros parámetros para poderlos obtener, ya que no dependen de ellos, sino de la magnitud del ahorro y los intereses, y de su capacidad para generar un monto de pensión por el tiempo estimado de vida que le quede al individuo al momento de pensionarse.

La Ley 100 de 1993 reguló la Garantía de Pensión Mínima, que consiste en asegurarle a los afiliados que cumplieran ciertos requisitos, una pensión que no podría ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Y en el artículo 36 se estableció un régimen de transición, lo que permitió conservar los derechos adquiridos a las personas que al entrar en vigencia la ley cumplan con: “treinta y cinco o más años de edad las mujeres o cuarenta o más años de edad los hombres, o quince o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”. Ese régimen finalizará en el año 2014, de acuerdo a las modificaciones hechas en el Acto Legislativo 01 de 2005.

1.3.Objetivos y principios de la seguridad social.

El artículo 6 de la Ley 100 de 1993, incorpora al Sistema de Seguridad Social, una serie de objetivos con el fin de fijar la prestación de servicios:

1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.
2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley.
3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral.

Del desarrollo de estos tres objetivos se puede deducir que la Seguridad Social debe garantizar la cobertura en atención y que toda la población pueda acceder a los servicios prestados por el sistema.

Los principios que sustentan el Sistema de Seguridad Social Integral, se definen en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, los cuales deben ser mirados y analizados como esa parte de la Seguridad Social sin los cuales se tendría un sistema sin norte e incapaz de cumplir con sus postulados, estos principios son un guía para desarrollar los diversos componentes del Sistema de Seguridad Social, los cuales se deben implementar con el ánimo de prestar un mejor servicio, que de acuerdo a su integración, permitan que el servicio se preste de forma eficiente, lo que permite una mejor utilización de los recursos; garantizando la universalidad de la protección; en donde la ayuda que se preste este soportada en la solidaridad entre las persona, los sectores económicos, y donde el mas fuerte ayude al mas débil; con el fin de que se pueda lograr la integralidad de la cobertura, cubriendo en lo posible todas la contingencias que puedan afectar a las personas; y para lograr esto se deben desarrollar los principios de unidad y participación, mediante el establecimiento de políticas e instituciones, con la participación de toda la comunidad, ejerciendo el control y fiscalización del sistema.

2. Sistema pensional colombiano y sus principales reformas.

El Sistema General de Pensiones Colombiano tiene como objetivo garantizar a la población el cubrimiento de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, mediante el reconocimiento de una pensión prestaciones determinadas en la ley.

El Sistema General de Pensiones Colombiano está compuesto por, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM, el cual es administrado por la Administradora Colombiana de pensiones, COLPENSIONES; y el régimen de Ahorro Individual con solidaridad, (RAIS), administrado por las Administradoras de Fondos pensionales Privados, con el paso del tiempo el Sistema Pensional ha tenido varias reformas, buscando adecuarse a los cambios demográficos y a las condiciones económicas.

En el informe Reformas del Sistema Pensional Colombiano se hace el siguiente análisis sobre las principales reformas al Sistema Pensional Colombiano, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991:

Entre las reformas más importantes se encuentra la Ley 100 de 1993, por medio de la cual se instauró un sistema dual en donde se buscaba ampliar la cobertura, adecuar la edad de retiro a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida del país, equilibrar la relación entre contribuciones y beneficios, reducir costos de administración y mejorar los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Posteriormente, la Ley 797 de 2003 buscó “recapitalizar el fondo común del Instituto de Seguro Social y racionalizar los recursos, con el fin de cumplir en un futuro con la entrega de las mensualidades a los beneficiarios de éste régimen”. En este orden de ideas el legislador estableció:

- a. Un aumento en la tasa de cotización o aporte de los afiliados.
- b. Un incremento en el tiempo mínimo de cotización requerido para acceder a la pensión de vejez.
- c. Una modificación en las tasas de remplazo empleadas en la liquidación de las pensiones de vejez en el subsistema de prima media.
- d. Una reducción de la vigencia del período de transición establecido (se adelanta del 1ro de enero de 2014 al 1ro de agosto de 2010 excepto para trabajadores que hayan cotizado por lo menos 750 semanas a la aprobación de la reforma constitucional).
- e. Un fortalecimiento en las contribuciones al fondo de solidaridad pensional y en la reducción de las comisiones de administración de las AFPs.
- f. La obligatoriedad de afiliación de todos los trabajadores independientes.

Se expidió la Ley 860 de 2003 con el fin de subsanar algunos vicios de inconstitucionalidad de la Ley 797 de 2003. “Los cuales hacían referencia a la población beneficiaria del régimen de transición (quienes se encontraran cotizando en un régimen y debían ser transferidos al nuevo) y la distinción entre otorgamiento de beneficios por pensión de invalidez por enfermedad y accidente”.

En el año 2005 mediante el Acto Legislativo 01 se modificó la Constitución Política de 1991; y trajo consigo importantes modificaciones en lo que a seguridad social se refiere, de acuerdo a la tendencia de cambio y la evolución que deben tener los sistemas pensionales, en el Boletín del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social (2005), se indicó sobre esta reforma lo siguiente:

Con este cambio se elevó a constitucional algunas normas ya existentes, las cuales fueron adicionadas al artículo 48 de la Constitución. De esta manera, disposiciones como la vigencia del reformado régimen pensional de los docentes, el respeto de los derechos adquiridos, la obligatoriedad del pago de las pensiones, que ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo, pero que podrán entregarse a ancianos pobres ayudas económicas inferiores al mínimo, fueron adicionadas a la Constitución Política Nacional. Adicionalmente, la reforma de 2005 pretendió homogenizar requisitos y beneficios pensionales con el objeto de lograr una mayor equidad en el sistema. Así se tomó la decisión de acabar totalmente con los regímenes de transición, especiales y

exceptuados. No obstante, el acto legislativo dejó vigente los regímenes especiales de la Fuerza Pública y del Presidente de la República. Se estableció que “en el caso de pactos y convenciones colectivas, a partir de la vigencia de esta ley, no se podrán establecer impactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas para el sistema general de pensiones.

Se puede observar que el Sistema Pensional Colombiano ha evolucionado con el paso del tiempo, lo que ha permitido que este se adapte a los cambios propios que se determinaron en la Constitución de 1991, dando el rango de constitucionalidad a los derechos que se pretenden desarrollar en dicho sistema.

3. Pensiones de invalidez.

Dentro de las contingencias que cubren los Fondos Pensionales y las Administradoras de Riesgos Laborales, según corresponda, se encuentra el pago de la pensión de invalidez de origen común, la cual se encuentra regulada en la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003; y la pensión de invalidez por enfermedad o por accidente laboral, que está regulada en la Ley 776 de 2002, aplicándose a cada una la norma de acuerdo a la fecha de estructuración del estado de invalidez,

La pensión es un reconocimiento económico que consiste en el pago de una renta mensual denominada pensión a una persona que ha sido calificada como inválida, y tiene derecho el afiliado que hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral, de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la estructuración. “La calificación y expedición del dictamen sobre el estado de la invalidez corresponde a las Juntas de Calificación de Invalidez”, artículo 6 del Decreto 917 de 1999, y en su artículo 7, define la invalidez como el porcentaje que resulte de la calificación integral de la invalidez, en la cual se tienen en cuenta “los componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad”, los cuales son definidos de acuerdo a los trastornos a nivel de órgano, de la persona y de la sociedad, siendo:

La Deficiencia toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, es la exteriorización de un estado patológico, el cual se manifiesta con perturbaciones del órgano.

La Discapacidad es toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano.

Y la Minusvalía como esa situación desventajosa para un individuo a consecuencia de una deficiencia o discapacidad que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso en función de la edad, sexo o factores sociales y culturales.

Los porcentajes máximos en la calificación para cada uno de estos criterios son: deficiencia 50%, discapacidad 20%, minusvalía 30%.

Respecto a la discapacidad, la Organización Mundial de la Salud, en su clasificación tradicional la definió así:

Una discapacidad es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”. En el nuevo esquema de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la discapacidad y la salud (CIF) se entiende por discapacidad la objetivación de la deficiencia en el sujeto y con una repercusión directa en su capacidad de realizar actividades en los términos considerados normales para cualquier sujeto de sus características (edad y género).

3.1.Pensión invalidez de origen común.

Es el reconocimiento económico que se le hace al afiliado que ha sido calificada como inválida y cuya enfermedad o patología es de origen común, está regulada en los artículos 38 al 45 del capítulo 3, de la Ley 100 de 1993, y “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”. Los requisitos se definen en el artículo 39, el cual fue modificado por el artículo 1, de la Ley 860 de 2003:

Requisitos para obtener la pensión de invalidez: tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo 38 sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.
2. Invalidez causada por accidente: que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

El monto de la pensión de invalidez de origen común está regulado por el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, la cual varía de acuerdo al grado de discapacidad y el número de semanas cotizadas:

Monto de la pensión de invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

- a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, y
- b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

La ley es clara al determinar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez de origen común, dándole al afiliado la posibilidad de acceder de acuerdo a la ley vigente al momento de cumplir con los requisitos exigidos.

3.2 Pensión invalidez por enfermedad o accidente laboral.

La Ley 776 de 2002 define que “toda afiliado que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que se le presten los servicios asistenciales y económicos”. Y en su artículo 9 determina que:

Se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación.

En primera instancia, la calificación de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral se hará por el equipo interdisciplinario establecido en el artículo sexto de la presente ley, dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiere concluido el proceso de rehabilitación integral, de existir discrepancias se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez, quedando a cargo de la entidad de Seguridad Social correspondiente el pago de honorarios y demás gastos que se ocasionen.

El monto de la pensión de invalidez de origen laboral está definido en el artículo 10, y su monto depende solo del grado de discapacidad, contrario a la pensión de origen común no se tiene en cuenta el tiempo cotizado, solo exige como mínimo un día de afiliado a riesgos laborales:

Monto de la pensión de invalidez. Todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a las siguientes prestaciones económicas, según sea el caso:

- a. Cuando la invalidez es superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación;
- b. Cuando la invalidez sea superior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso base de liquidación;
- c. Cuando el pensionado por invalidez requiere el auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión de que trata el literal anterior se incrementa en un quince por ciento (15%).

Para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad o accidente laboral se deben cumplir una serie de requisitos diferentes a los que se requieren para la pensión de origen común, esta contingencia es cubierta por la Administradora de Riesgos Laborales, de acuerdo al grado de discapacidad.

3.3 Fecha estructuración de invalidez.

El Decreto 917 de 1999, Manual Único de Calificación, en su artículo 3, define la fecha de estructuración de invalidez como:

La fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior ó corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.

El artículo 7 de dicho decreto define que se tendrán “en cuenta los componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad”.

La Corte Constitucional en la sentencia T 432 del año 2011, definió que la fecha de estructuración del estado de invalidez para los casos en que se presenten enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas sería:

En casos de pensiones de invalidez causadas por enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, la fecha de estructuración de la invalidez debe ser la fecha en que por su estado de salud ya no pueda volver a trabajar, puesto que si se señalara como fecha de estructuración de la invalidez la fecha en que al paciente le apareció el primer síntoma, el no contarle las semanas que la persona cotice después, vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

La Corte Suprema de Justicia, en la demanda con radicado 31.017 del 2007, expresó sobre la fecha de estructuración lo siguiente:

La fecha de estructuración del estado de invalidez es la que determina la normatividad aplicable cuando se trata de discernir el derecho a las prestaciones económicas por ese riesgo. El estado de invalidez no se produce indefectiblemente en la misma fecha de ocurrencia del percance del trabajo; es posible que la disminución de la capacidad laboral como consecuencia de este, se presente paulatinamente, y no necesariamente de forma irreversible, que es cuando procede la declaratoria de invalidez; así su determinación bien puede ser con posterioridad al momento en que sucedió el accidente.

La fecha de estructuración del estado de invalidez dentro del proceso de reconocimiento de la Pensión de Invalidez de Origen Mixto, toma mucha relevancia, ya que en este caso podemos hablar de dos fechas, donde ambas se generaron en acontecimientos y momentos diferentes, por lo que es de vital importancia tener claridad sobre la legislación aplicable para cada evento, contando esta modalidad de pensión con la carga impuesta al afiliado de demostrar que cumple con cada uno de los requisitos exigidos en riesgos laborales y origen común, y por tratarse de dos fechas que en el tiempo no son consecuentes, se debe hacer claridad sobre cada una y analizarlas por separado, ya que de esto depende si nace o no el derecho a pensionarse.

Se ha definido como fecha de estructuración en el caso de accidente o de enfermedad laboral, aquella en que se genera en la persona una pérdida de capacidad de forma permanente y definitiva, y esta fecha puede ser anterior a la fecha de calificación, de acuerdo al artículo 3 del Decreto 917 de 1997, por lo tanto no es un requisito tan difícil de configurarse y de probar, como sería en el caso de la fecha de estructuración de origen común, en el caso de valorar las enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, donde

la pérdida es progresiva, y en aquellos eventos en los cuales se presenta la imposibilidad de trabajar después de sufrir el accidente laboral, o el acontecimiento que desencadene la enfermedad de origen común.

3.4. Juntas de calificación de invalidez.

En Colombia la pérdida de la capacidad laboral es definida por las Juntas de Calificación de Invalidez, las cuales se encuentran reglamentadas por el Decreto 1352 de 2013, y se definen de acuerdo al artículo 4 como:

Organismos del Sistema de la Seguridad Social Integral del orden nacional, de creación legal, adscritas al Ministerio del Trabajo con personería jurídica, de derecho privado, sin ánimo de lucro, de carácter interdisciplinario, sujetas a revisoría fiscal, con autonomía técnica y científica en los dictámenes periciales, cuyas decisiones son de carácter obligatorio.

Su campo de aplicación está definido en el artículo 1 del mismo decreto, determinándose su aplicación con relación a:

De conformidad con los dictámenes que se requieran producto de las calificaciones realizadas en la primera oportunidad:

De conformidad con los dictámenes que se requieran como segunda instancia de los regímenes de excepción de la Ley 100 de 1993, caso en el cual las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez actuarán como segunda instancia, razón por la cual no procede la apelación a la junta nacional.

De conformidad con las personas que requieran dictamen de pérdida de capacidad laboral para reclamar un derecho o para aportarlo como prueba en procesos judiciales o administrativos.

El Decreto Ley 019 de 2012, en su artículo 142, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, determina que:

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días.

Las Juntas de Calificación de Invalidez son de carácter nacional y regional, teniendo cada junta una serie de funciones determinadas por la ley, siendo las siguientes funciones de acuerdo al Decreto 1352 de 2013, las principales en relación con la calificación de la pérdida de la capacidad laboral:

Artículo 13. Funciones exclusivas de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Además de las comunes, son funciones exclusivas de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, las siguientes:

Decidir en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos contra los dictámenes de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, sobre el origen, estado de pérdida de la capacidad laboral, fecha de estructuración y revisión de la pérdida de capacidad laboral y estado de invalidez.

Artículo 14: Funciones exclusivas de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez. Además de las comunes, son funciones de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, las siguientes:

Decidir en primera instancia las controversias sobre las calificaciones en primera oportunidad de origen y la pérdida de la capacidad laboral u ocupacional y su fecha de estructuración, así como la revisión de la pérdida de capacidad laboral y estado de invalidez.

Las actuaciones en las que se declara el estado de invalidez, que son expedidas por las Juntas de Calificación de la Invalidez, de orden Nacional y Departamental, deben determinar clara y expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que determinaron el origen de la decisión.

3.5. Manual único para la calificación de la invalidez.

El Manual Único de Calificación está regulado en el Decreto 917 de 1999, en su artículo 1 define que se aplica a todos los “habitantes del territorio nacional y tiene como propósito servir de herramienta, según criterios técnicos pertinentes, para evaluar o estimar las pérdidas o reducciones en la capacidad laboral de cualquier origen en los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial y privado”.

Con el Manual Único de Calificación de Invalidez se determina de manera sistemática la pérdida de la capacidad laboral, por medio del cual se puede definir la magnitud del daño ocasionado a la salud y las posibilidades de recuperación del afiliado, también determina el cómo y la cuantía del reconocimiento económico de acuerdo a la pérdida de la capacidad laboral que corresponde.

4. Pensión de invalidez de origen mixto.

4.1. Definición de pensión de invalidez de origen mixto.

La “Pensión de Invalidez de Origen Mixto”, se refiere a la oportunidad de adquirir el derecho a recibir beneficios económicos, que le permitan al afiliado cubrir las contingencias derivadas de la pérdida de la capacidad laboral, reconocidos mediante la sumatoria de porcentajes de pérdida de la capacidad laboral de origen común y de origen laboral, cuando cada porcentaje individualmente sea inferior al 50%, y mirados conjuntamente sumen el 50% o más de la pérdida. Este derecho no está regulado en el Sistema Pensional, solo se ha venido reconociendo en Colombia por la Corte Constitucional, a través de sentencias, como la C 425 de 2005, la cual se analizará más

adelante, y en la que se consideró que el párrafo 1, del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, es contrario a la Constitución Política, en esta sentencia se argumentó que “al no tener en cuenta las patologías anteriores para aumentar el grado de incapacidad, es discriminatorio y se desconocen los principios de universalidad, solidaridad y obligatoriedad de la seguridad social”. Magistrados de la Corte Suprema de Justicia acogen en varios salvamentos de voto, esta teoría, argumento que fue expuesto en la Sentencia, con radicado 33744 del mes de agosto de 2010, expresando que:

La norma legal que prohíbe que se aumente el grado de incapacidad por una enfermedad, limitación o incapacidad previa a la ocurrencia del accidente de trabajo, efectivamente atenta contra la vocación protectora del sistema de riesgos profesionales que está orientada a amparar al trabajador, como expresión de una fenomenología vital y no como un ser abstracto cuya invalidez puede ser medida formalmente abstrayéndola de la dimensión personal...”

Así las cosas, y previo cumplimiento de los requisitos determinados en cada sistema pensional, se puede definir que la única exigencia con relación a la pérdida de la capacidad laboral, para adquirir el derecho a la “Pensión de Invalidez de Origen Mixto” es que el afiliado tenga una pérdida de la capacidad laboral igual o mayor al 50%, porcentaje que se puede lograr mediante la acumulación de patologías de origen laboral y de origen común estas últimas que haya ocurrido antes o después del evento de tipo profesional.

Se debe tener presente que el derecho a la “Pensión de Invalidez de Origen Mixto” se adquiere cuando se logra una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, más el cumplimiento de cada uno de los requisitos exigidos en la legislación vigente al momento de la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, requeridos por las Aseguradoras de Fondo Pensional y la Aseguradoras de Riesgos Laborales.

La fecha que se puede tomar como de estructuración, por tratarse de dos patologías diferentes, una de origen laboral y otra de origen común, las cuales lo más probable es que se produjeron en fechas diferentes, sería la fecha de la última patología con la que se logró superar el porcentaje mínimo requerido para que el afiliado sea considerado por el sistema como invalido, ya que antes de cumplir con este requisito el afiliado no se puede considerar como tal y es la fecha de estructuración del estado de invalidez la que determina la normatividad aplicable, tal como lo dijo la Corte Suprema de Justicia, radicado 31.017, del 4 de septiembre de 2007:

El estado de invalidez no se produce indefectiblemente en la misma fecha de ocurrencia del percance del trabajo; es posible que la disminución de la capacidad laboral como consecuencia de este, se presente paulatinamente, y no necesariamente de forma irreversible, que es cuando procede la declaratoria de invalidez; así su determinación bien puede ser con posterioridad al momento en que sucedió el accidente.

Por lo tanto, es la fecha de estructuración de la invalidez la que debe ser tomada como referente para determinar el surgimiento del derecho a la pensión de invalidez y la normatividad que lo regula.

4.1.1. Análisis Sentencia C 425 de 2005, de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería. La Corte Constitucional en esta sentencia hace un análisis de la

demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 1 del, artículo 1 de la Ley 776 de 2002, del Sistema General de Riesgos Profesionales, en el cual se prohibía de forma expresa que: “la existencia de patologías anteriores no es causa para aumentar el grado incapacidad, ni las prestaciones que correspondan al trabajador”, lo que constataba que esta norma “permite que exista al interior del Sistema Integral de Seguridad Social, un individuo trabajador materialmente inválido aunque formalmente no lo esté para el sistema”, y:

Al prohibir la norma que se aumente el grado de incapacidad con base en patologías anteriores, está desconociendo la realidad física del trabajador a proteger, para darle prioridad al formalismo de asunción del riesgo creado.

Esta prohibición viola el Art. 1 numeral 2 literal a) de la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad" aprobada en Colombia a través de la Ley 762 de 2002.

En otras palabras, y utilizando la hipótesis contraria a la manifestada por la norma, un trabajador puede estar materialmente inválido por la suma de sus grados de incapacidad, pero a raíz de la disposición enunciada en la Ley 776 de 2002, no estará formalmente inválido, debido a la prohibición de aumentar la incapacidad por patologías anteriores; desconociendo la realidad material de su invalidez, lo que trae consigo la pérdida de su derecho de pensión por esta situación.

La Corte Constitucional en dicha sentencia determinó que el párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, es contrario a los principios de la Seguridad Social, ya que permite:

Que exista al interior del Sistema Integral de Seguridad Social, un individuo trabajador materialmente inválido aunque formalmente no lo esté para el sistema. Un individuo es materialmente inválido si su porcentaje de invalidez es igual o superior al cincuenta (50) por ciento.

En efecto, al prohibir la norma que se aumente el grado de incapacidad con base en patologías anteriores, está desconociendo la realidad física del trabajador a proteger, para darle prioridad al formalismo de asunción del riesgo creado.

Y que ante la posible existencia al interior del sistema de un individuo materialmente inválido, el cual goza de una protección no solo especial sino igualmente reforzada a la luz de la Constitución Nacional, al cual debe respetársele su dignidad humana y al cual debe hacerse efectivo su derecho de seguridad social; haciendo uso del principio según el cual las relaciones laborales deben guiarse por la Realidad más que por los Formalismos; constata esta Corporación que existe una contradicción entre la norma demandada y los postulados Constitucionales.

Se declara inexecutable el párrafo 1, del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, argumentando que Colombia cuenta con un Sistema General de Seguridad Social Integral, y que:

El sistema concerniente en la protección de riesgos profesionales, es un sistema de seguro en el cual se establece una discriminación entre los trabajadores asegurados al sistema de riesgos profesionales, pues a pesar de que la empresa y el trabajador cotizan en forma total al sistema, como lo hacen todos los asegurados, al trabajador que sufre un accidente de trabajo o disminuye sensiblemente su capacidad laboral, no le tienen

en cuenta para calificar el grado de invalidez condiciones de salud anteriores, lo cual viola el derecho a la igualdad y los principios de irrenunciabilidad, universalidad, solidaridad y obligatoriedad de la seguridad social consagrados en el artículo 48 Constitucional Política.

De la decisión de la Corte se puede concluir, lo cual fue ratificado en la Sentencia T 518 de 2011 de la Corte Constitucional:

La calificación de la pérdida de capacidad laboral de una persona, en orden a establecer si se presenta una situación de invalidez, debe hacerse a partir de la consideración de las condiciones materiales de la persona, apreciadas en su conjunto, sin que quepa dar margen a hacer una discriminación en razón del origen profesional o común de los factores de discapacidad.

Lo que se pretende es aplicar la integralidad de la calificación, que significa que la suma de las discapacidades tanto de origen común y de origen laboral se deben hacer en conjunto y si estas logran sobrepasar el 50% o más de la pérdida de la capacidad laboral, se podrá considerar a una persona inválida para el sistema, adquiriendo el derecho a solicitar las prestaciones de la Pensión por Invalidez de Origen Mixto.

4.1.2 Sentencia T518, de 2011 de la Corte Constitucional, Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta sentencia, antes mencionada se revisa una Acción de Tutela, la cual se presenta en contra de los conceptos de calificación de invalidez emitidos por la Junta Regional de Calificación y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en las cuales solo se hace una valoración de las de las lesiones de origen profesional, y no se hace una valoración integral del estado de salud del afiliado, decidiendo la Corte Constitucional tutelar los derechos de la demandante, y en consecuencia ordenar a las Juntas de calificación de Invalidez, hacer una calificación integral, argumentando lo preceptuado en varias sentencias, especialmente la Sentencia C 425 de 2005 de la Corte Constitucional, y en normas que regulan sobre la fecha de estructuración y el porcentaje de invalidez, como lo son, la Sentencia T 108 de 2007, de la Corte Constitucional, en la cual se ha sostenido que:

El dictamen que expiden las Juntas Regionales y Nacional debe contener los principios rectores señalados en el ordenamiento jurídico, los fundamentos de hecho y derecho, las razones claras y expresas del origen y la fecha de estructuración y una calificación porcentual, al igual que las razones técnicas y científicas que justifican la decisión.

En esta sentencia se deja en claro, que los evaluadores de la pérdida de capacidad laboral, al momento de realizar el examen de cada caso en particular debe tener en cuenta las normas que regulan la materia, correspondiéndoles apreciar de manera objetiva, los siguientes parámetros:

- a. La labor que desarrollaba la persona que se encuentra bajo examen y las limitaciones que tiene para continuarlas cumpliendo.
- b. La facultad que tienen los calificados de allegar las historias clínicas y los conceptos de médicos, terapeutas y demás profesionales de la salud que los hayan tratado, así no hagan parte de la red prestadora de servicios de la EPS y la ARP en la que se encuentren afiliados.

- c. Los médicos tratantes, pueden sustentar sus informes en la audiencia de las Juntas de Calificación de Invalidez, en las cuales tienen voz, pero no tienen voto.
- d. Efectuar una calificación integral objetiva, consultando los criterios que las normas señaladas imponen, teniendo en cuenta la actividad y el rol que desarrollaba el sujeto a calificar, los conceptos médicos de los galenos de su institución y los que allegue el interesado.

Indica la Corte Constitucional que para entrar a tutelar los derechos del afiliado, se tiene en cuenta lo expresado en la Sentencia C-1002 de 2004 de la Corte Constitucional, sobre la importancia de los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de Invalidez, lo cual radica en que:

Sus decisiones constituyen el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Como ya se dijo, el dictamen de las juntas es la pieza fundamental para proceder a la expedición del acto administrativo de reconocimiento o de negación de la pensión que se solicita. En este sentido, dichos dictámenes se convierten en documentos obligatorios para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que se ha hecho alusión.

La decisión de la Corte, como ella misma lo expresa conduce a la conclusión de que la calificación sobre la pérdida de la capacidad laboral se debe hacer de forma integral, teniendo en cuenta y valorando todas las patologías, sin excluir patologías por su origen:

Que la calificación de la pérdida de capacidad laboral de una persona, en orden a establecer si se presenta una situación de invalidez, debe hacerse a partir de la consideración de las condiciones materiales de la persona, apreciadas en su conjunto, sin que quepa dar margen a hacer una discriminación en razón del origen profesional o común de los factores de discapacidad.

Otra conclusión importante se da en la Sentencia T 518 de 2011, de la Corte Constitucional, sobre el origen que debe adquirir el estado de invalidez, cuando el derecho surge de la calificación integral para determinar si es de origen común o de origen laboral:

Es claro que cuando, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, una persona que tenía una pérdida de capacidad laboral preexistente, de cualquier origen, llega a un porcentaje superior al 50% de pérdida de la capacidad laboral, debe asumirse que se trata de un evento de origen profesional, y, por consiguiente, la fecha de estructuración debe fijarse a partir de los componentes profesionales de la discapacidad, y el régimen de la invalidez es el propio del sistema general de riesgos profesionales.

Cuando ocurre el fenómeno contrario, esto es, cuando como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, una persona sufre una pérdida permanente de capacidad laboral inferior al 50% y luego, por factores de origen común ajenos a los factores profesionales ya calificados, ese porcentaje asciende a más del 50%, la fecha de estructuración debe fijarse a partir de la que genera en el individuo una pérdida de su capacidad laboral en forma permanente y definitiva y, en este caso, el régimen aplicable será el común.

Cuando concurren eventos de una y otra naturaleza común y profesional en la determinación de la pérdida de capacidad laboral que conduzca a una pensión de invalidez, para establecer el origen y la fecha de estructuración, se atenderá al factor que, cronológicamente, sea determinante de que la persona llegue al porcentaje de invalidez.

Quiere decir lo anterior que cuando se presenten simultáneamente patologías de origen común y laboral, el origen de la fecha de estructuración de pérdida de la capacidad laboral se determinara de acuerdo al factor de mayor peso porcentual, o se mira cronológicamente los eventos que concurren en la determinación del derecho a la pensión; y es a partir de la determinación del origen del estado de invalidez cuando se determina la responsabilidad económica de la Entidad Administradora de Riesgos Laborales y de la Administradora de Fondo Pensional a los cuales se encuentre afiliado la persona.

4.2. Responsabilidad económica de las aseguradoras.

Es claro que cada caso es particular y por ende hay que determinar que aseguradora tiene la responsabilidad económica que se genera durante el proceso de la calificación integral de la pérdida de la capacidad laboral, y por el cubrimiento de las contingencias económicas derivadas del derecho por estado de invalidez.

El párrafo 2 del artículo 6 del Decreto 2463 de 2001, determina de quién es la responsabilidad sobre el cubrimiento de los honorarios que se deben pagar por acudir ante las Juntas de Calificación de Invalidez, lo cual ha sido ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia T 518 de 2011:

En todo caso el costo de los honorarios que se debe sufragar a las Juntas de Calificación de Invalidez, será asumido por la última entidad Administradora de Riesgos Profesionales o fondo de pensiones al cual se encuentre o se encontraba afiliado el trabajador y podrá repetir el costo de los mismos contra la persona o entidad que resulte responsable del pago de la prestación correspondiente, de conformidad con el concepto emitido por las Juntas de Calificación de Invalidez.

La Ley 100 de 1993 en sus artículos 42 y 43 respectivamente determina quién debe cubrir los honorarios de las Juntas de Calificación:

Los honorarios de los miembros de la comisión serán pagados por la entidad de previsión o seguridad social o la sociedad administradora a la que esté afiliado el solicitante.

Los honorarios de los miembros de la junta, serán pagados, en todo caso por la entidad de previsión o seguridad social correspondiente.

Lo anterior es ratificado en la sentencia de la Corte Constitucional T 045 de 2013:

Los miembros de la Juntas también tienen derecho a que su actividad sea remunerada, en ese sentido, la Ley 100 de 1993 indica en sus artículos 42 y 43, que tales honorarios les corresponde asumirlos a la entidad de previsión social a la que se encuentre afiliado quien solicita el servicio. De la misma manera, el Decreto 2463 de 2001 señala que la remuneración de las Juntas están a cargo de la entidad de previsión social, la sociedad administradora a la que se encuentre afiliado el solicitante, la compañía de seguros, el

pensionado por invalidez, entre otros, y que si, dado el caso, el interesado es quien asume los costos generados por este trámite, tiene derecho a que esos dineros sean reembolsados.

También indicó la Corte Constitucional en la misma sentencia que no se puede exigir al usuario el pago de los honorarios:

Va en contra del derecho fundamental a la seguridad social exigir a los usuarios asumir el costo de los mismos como condición para acceder al servicio, pues son las entidades del sistema, ya sea la entidad promotora de salud a la que se encuentre afiliado el solicitante, el fondo de pensiones, la administradora o aseguradora, la que debe asumir el costo que genere este trámite, para garantizar de manera eficiente el servicio requerido.

Para el cubrimiento de la mesada pensional derivada del estado de invalidez de origen mixto no hay norma expresa que determine de quien es la responsabilidad de hacer el pago, o si existe solidaridad entre las Aseguradoras de Fondos Pensional y la Aseguradora de Riesgos laborales. Para determinar si existe corresponsabilidad entre las aseguradoras se acudirá a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia con radicado 38.614 del 26 de junio de 2012, magistrado ponente, Luis Manuel Miranda Buevas, en la cual se decide sobre el recurso de casación interpuesto por la Aseguradora de Riesgos Laborales, Seguros de Vida Colpatria S.A, en contra de sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, del análisis de esta sentencia se puede concluir que hay corresponsabilidad en el pago de las mesadas pensionales derivadas de la “Pensión de Invalidez de Origen Mixto”.

En la sentencia anterior, la Corte Suprema de Justicia deja en claro que no hay norma jurídica que determine de quien es la obligación del pago cuando se configura el derecho a la Pensión de Invalidez de Origen Mixto:

Así entonces, si bien no existe una norma explícita y expresa que establezca responsabilidades o la forma de su distribución cuando se configure este tipo de invalidez que podría llamarse mixto, ello en modo alguno significa que los jueces no deban ordenar el pago de las pensiones correspondientes, tal y como surge de una interpretación sistemática y de la delimitación del alcance teleológico de los textos de seguridad social.

Aseguró la Corte Suprema de Justicia que aunque en un principio se impuso la carga de pagar en su totalidad a la Aseguradora de Riesgos Laborales, no se puede determinar que se obro contra la ley, al contrario se buscó proteger al afiliado:

Tal postura, empero, no es de recibo, por cuanto al definir el juzgador que la obligación debía imponerse a un solo ente, no pudo trasgredir la ley, pues actuó en correspondencia con el principio que podría denominarse de indivisibilidad de la mesada pensional el cual si bien no está explícitamente consagrado en una norma expresa y específica, su existencia se desprende de varios supuestos normativos que proscriben cualquier fórmula para dividir o prorratear la pensión entre varios obligados y fragmentar su pago.

Indica la Corte Suprema de Justicia que el fraccionamiento de la mesada pensional no es viable, para lo cual acude a la Ley 776 de 2002, que su artículo 1, parágrafo 2 inciso 2 deja en claro como es el pago en el evento de concurrencia para el cubrimiento de la pensión en el caso de enfermedades laborales:

Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

La Corte Suprema de Justicia deja en claro que aunque en la sentencia de primera instancia no se ordenó expresamente el pago a la Aseguradora de Riesgos Laborales de la totalidad de la pensión, la responsabilidad recae sobre ésta, atendiendo a que las contingencias se deben cubrir en su totalidad por la aseguradora, de acuerdo al orden de las patologías que originaron el derecho a la Pensión de Invalidez de Origen Mixto, dejando en claro que dentro de ellas hay solidaridad con en el pago, argumento expresado en dicha sentencia así:

Entiende la Sala que su decisión la fundamentó en que en la incapacidad definitiva tuvo especial incidencia el accidente de trabajo sufrido por el trabajador el 12 de noviembre de 2001, y siendo ello así resulta razonable, en concordancia con lo antes visto, que se ordenara a la recurrente el pago de la pensión.

Por lo tanto es clara la interpretación de la Corte Suprema de Justicia al determinar que: “la Administradora de Riesgos Profesionales, si lo estima conveniente, intente las acciones tendientes a obtener el reembolso que, a su juicio, cree tiene derecho”, y que esta decisión se fundamentó en que la “incapacidad definitiva tuvo especial incidencia el accidente de trabajo sufrido por el trabajador”.

De lo analizado en esta demanda y en concordancia con la Sentencia de Tutela 518 de 2011, de la Corte Constitucional, se puede concluir que para el reconocimiento económico de la “Pensión de Invalidez de Origen Mixto” existe la solidaridad entre las Administradoras de Fondo Pensional y las Aseguradoras de Riesgos Laborales y que aunque la pensión de invalidez es de origen mixto, es importante determinar el origen de la discapacidad con el fin de determinar en cabeza de que aseguradora se fija la responsabilidad del pago, atendiendo como lo dijo la Corte Suprema de Justicia “al principio de indivisibilidad de la mesada pensional”. El origen se puede establecer como laboral cuando la persona sufre una pérdida de la capacidad laboral de origen común inferior al 50%, y posterior a esto como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad laboral, el porcentaje supera ese 50%; y será de origen común cuando la persona sufre una pérdida inferior al 50% por causa de un accidente de trabajo o una enfermedad laboral y luego le sobreviene una pérdida de origen común que sumada a la primera supera el 50% de pérdida de la capacidad laboral.

Conclusiones.

Los resultados obtenidos en el presente trabajo permiten establecer que dentro del Sistema Pensional Colombiano existían de acuerdo al parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, afiliados materialmente inválidos, pero sin ninguna protección por parte del sistema, ya que las normas no lo permitían, derecho que se logra adquirir a partir de la interpretación y aplicación de la Sentencia C425 de 2005, de la Corte Constitucional. Del análisis de esta y otras sentencias de la Corte Suprema de Justicia se pudo concluir que existe el derecho a la “Pensión de Invalidez de Origen Mixto”, la cual pretende beneficiar a las personas declaradas en estado de invalidez por diferentes patologías, lo mismo que existe corresponsabilidad entre las Aseguradoras de Fondo Pensional y de Riesgos Laborales, quedando solo en cabeza de una de ellas la responsabilidad de hacer el pago de la mesada pensional, adquiriendo la responsable la posibilidad de repetir contra la otra aseguradora en lo que le correspondería proporcionalmente del pago.

Se pudo también concluir que la fecha de estructuración será la fecha en la que el afiliado logra demostrar la pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%, mediante la sumatoria de patología de origen común y laboral, siendo claro que esto se logra demostrar cuando al afiliado le sobrevienen nuevas patologías, diferentes a las iniciales.

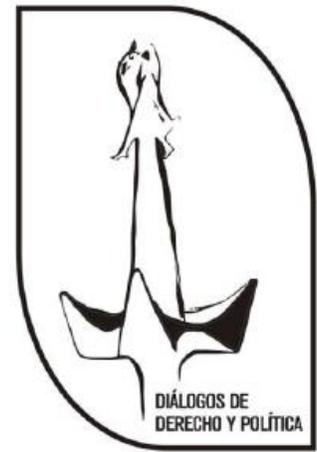
Con el reconocimiento de la “Pensión de Invalidez de Origen Mixto” se está dando aplicación a los principios fundantes del Sistema de Seguridad Social, y aunque el legislador no ha establecido los requisitos para acceder a la prestación económica, si existe un desarrollo constitucional que permite la protección a las personas en estado de discapacidad a partir la Seguridad Social, con el propósito de garantizarle a dicha población los ingresos para satisfacer sus necesidades básicas, con el fin de reducir el menoscabo físico del afiliado y su grupo familiar, esto se puede ver sustentado en el grupo de sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia que fueron analizadas a lo largo del desarrollo del presente artículo.

Por lo tanto las Aseguradoras de Riesgos laborales y las Aseguradoras de Fondos Pensionales, como entidades encargadas de reconocer el pago derivado de la pensión de Invalidez de Origen Mixto, con el fin de lograr un adecuado equilibrio entre los asegurados, legalmente puede acoger las interpretaciones hechas por la Corte constitucional en la sentencia C 425 de 2005, las hechas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 38.614 del 26 de junio de 2012, y reconocer este derecho.

Por último, otro análisis que se hace en el desarrollo de este artículo, es la importancia de la calificación integral de invalidez, lo que permite que realmente exista ante el Sistema Pensional personas materialmente inválidas, que antes por aplicación de la norma legal no lo eran formalmente, negándoseles el derecho a recibir los beneficios de la Pensión de Invalidez de origen Mixto.

BIBLIOGRAFÍA.

- Banco de información de los Sistemas de Seguridad Social Iberoamericanos, (2012). Recuperado de http://www.oiss.org/bissi/fscommand/OISS_BISSI.pdf
- Corte Constitucional Colombia Sentencia T518 (2011). M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C425 (2005). M.P. Jaime Araújo Rentería
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T 432 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T 108 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C1002 de 2004. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T 045 de 2013. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 33.744 (2010). M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 38.614 (2012). M.P. Luis Manuel Miranda Buelvas
- Las reformas del sistema pensional colombiano. Cristina Isabel Arrieta Mendoza, Resumen ejecutivo. Recuperado de <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08859.pdf>.
- Organización Mundial de la Salud (2001). *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud «CIF»*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Universidad Externado de Colombia. “De la Ley 797 de 2003 al Acto legislativo No 1 de 2005; Una reforma Pensional Inconclusa” Boletín del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social No. 8. Página 23. Agosto, 2005. Bogotá.



**Instituciones tradicionales del derecho penal frente
al derecho internacional de los derechos humanos:
una revisión sobre el principio de legalidad.**

Adán López Blanco

Estudiante de Derecho en la Universidad de San Martín de Porres de Perú.

Resumen.

El siguiente artículo estudia los fundamentos del moderno principio de legalidad penal y cómo ha venido siendo entendido en la doctrina y los procesos penales para contrastar los cambios que ha sufrido en la práctica con el surgimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la jurisdicción internacional y la victimología. En ese sentido, se estudiará el impacto que ha tenido ello en los procesos penales y se hará una revisión a los alcances de dicho principio de legalidad estudiando sus fundamentos históricos y las condiciones actuales en el marco del surgimiento del constitucionalismo social y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En ese sentido, el artículo busca responder la interrogante de si la aplicación de manera directa de los Tratados de Derechos Humanos y la interpretación que sobre los mismos han hecho los tribunales internacionales (con una referencia especial en la Corte IDH) dentro de los procesos penales se enmarcan dentro del principio de legalidad penal o, en todo caso, cuáles son los límites con el objeto de investigar y sancionar las graves violaciones hacia los derechos humanos.

Palabras Clave: Principio de legalidad penal, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, victimología, violaciones graves a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad.

Instituciones tradicionales del derecho penal frente al derecho internacional de los derechos humanos: una revisión sobre el principio de legalidad.

1. Introducción.

El establecimiento del principio de legalidad penal en los códigos y leyes constituyó un baluarte y una garantía trascendente para los ciudadanos como una limitación sensata al poder punitivo que se podía ejercer desde el Estado. Dicho principio otorgaba además una seguridad jurídica hacia las personas de saber previamente las conductas que estaban sancionadas con medidas restrictivas a la libertad y ello, también, demandó con el tiempo que las leyes penales gocen de una mayor especificidad de las que tienen las normas de otras disciplinas jurídicas para garantizar las libertades de las personas. Es así como a través de la historia dicho principio de legalidad ha ido experimentando cambios de acuerdo a las circunstancias de cada sociedad y hoy, con el surgimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la jurisdicción internacional, se está aperturando nuevamente un debate en la doctrina de si la jurisprudencia que emitan los tribunales internacionales o las normas contenidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos pueden ser aplicadas de manera preferente a la legislación interna de los países en los procesos penales entendiendo esto como un nuevo concepto del principio de legalidad o si ello significaría la violación de las garantías de los procesados en tanto solo quepa interpretar como principio de legalidad aquellas normas emanadas democráticamente por los Estados.

Dicha situación creemos que tiene sus antecedentes con el surgimiento normativo de los derechos humanos, la victimología y la impunidad en las graves violaciones hacia los derechos humanos. Así, los beneficios como la prescripción de los delitos y/o el archivo de casos por defectos formales ante violaciones graves de derechos humanos, constituían una práctica habitual de salida hacia la impunidad por parte de los autores materiales que lograban finalmente ser absueltos en los procesos e investigaciones que enfrentaron. Sin embargo, esta situación tuvo una respuesta jurídica en los tribunales internacionales cuando se ordena la reapertura de los procesos, se comenzaban a emplear los Tratados Internacionales para establecer la imprescriptibilidad de determinados delitos de manera obligatoria y se ordena la investigación y sanción de los responsables.

Dichas sentencias o decisiones de los tribunales internacionales –a la que los Estados se unieron de manera libre y voluntaria- creó la dicotomía de si cada Estado debía respetar sus obligaciones internacionales aplicando a los procesos penales, además, las normas contenidas en los Tratados de manera prevalente a las leyes internas del derecho penal –que en muchos casos significaba un “recorte de garantías” en perjuicio del procesado-, pero que a su vez favorecía a las víctimas del delito para conocer la verdad de los hechos y lograr la sanción de los presuntos responsables ante violaciones graves de derechos humanos o si, en cambio, debía aplicarse de manera estricta el principio de legalidad penal conservando las garantías que el derecho interno otorga a su favor a las personas que se encuentran inmersos en un proceso penal sin distinguir los presuntos hechos o delitos por el cual esté siendo investigado.

En ese sentido, en este trabajo abordaremos el principio de legalidad penal y su evolución histórica, para dar paso a la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos estudiando la vinculación de los jueces internos a los Tratados y tribunales internacionales y las garantías que tiene toda persona inmersa en un proceso para así concluir en cómo ha ido evolucionando en la práctica el principio de legalidad penal en América Latina con el surgimiento de los derechos humanos que haga revisable el marco de alcance de tal principio fundamental.

2. Principio de legalidad penal.

El fundamento de legalidad penal¹ surge contra la arbitrariedad judicial y como límites al *ius puniendi* estatal para preservar los derechos y libertades inherentes de las personas a fin que las leyes no se conviertan en una herramienta para perseguir delitos políticos o se use como un medio para la vendetta y la sanción de inocentes. Esto significó que el principio de legalidad penal debía estar dotado de un conjunto de garantías o requisitos mínimos que permita que dicha “legalidad” tenga un efecto útil para el propósito por el cual fue creado; es decir, que cuente con una descripción precisa y lógica de las conductas prohibidas y que se establezcan los órganos creadores de las leyes penales a efectos de determinar el marco de alcance de lo entendido por “legalidad penal”.

En cuanto a la plasmación normativa del moderno principio de legalidad penal, es fundamental recordar que ella surge con los Estados republicanos; así en 1776 con las constituciones federales de Virginia y Maryland, en 1787 con el Código Penal Austriaco de José II y en 1789 con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, entre otras². Dicha revisión histórica es de especial importancia para entender cómo fue conceptualizada desde un inicio el moderno principio de legalidad. Así, en los Estados republicanos se cautelaba por excelencia la libertad de las personas en el contexto de las revoluciones y el liberalismo político, los ciudadanos demandaron del Estado el otorgamiento de garantías y seguridad jurídica que se tradujo, en primer lugar, que las leyes penales estén reguladas de manera previa, taxativa y específica las conductas sancionadas como delito y, por otra, se establezca que el único órgano facultado para crear normas penales sean los parlamentos en cuanto representan democráticamente al pueblo³.

Esta prevalencia de las libertades de los ciudadanos en el período republicano francés, influyó en el derecho penal y el grado de certeza o especificidad en las normas. En *De l'esprit des Lois*, por ejemplo, Montesquieu define a los jueces como “boca que

¹ Para hacer una referencia terminológica, consideramos más preciso el empleo del término “fundamento” que “principio de legalidad penal”, ya que el Derecho Penal de por sí pertenece al campo de las ciencias sociales y su objeto no está en las ciencias naturales (llámese ciencias exactas). Sin embargo, por cuestiones prácticas se usarán ambos términos de manera indistinta.

² Véase Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Madrid, Editorial Civitas, 2 ed., 1997, p. 142.

³ Dentro del principio de legalidad penal, la necesaria producción de órganos democráticos surgió por efecto de las revoluciones contra los reyes o los gobiernos oligárquicos de la época en un intento por democratizar el sistema penal y normativo. Este principio de legalidad y su relación con el liberalismo político de aquel entonces y los Estados republicanos, no fue exclusivo del derecho penal, sino también de otras ramas jurídicas como el derecho tributario con el impuesto al té en los Estados Unidos y la exigencia de representación democrática en el otorgamiento de las leyes para la imposición fiscal (*no taxation without representation*).

pronuncia la palabra de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes”. Este grado de certeza que se exigía en los Estados republicanos responde, según Alberto M. Binder, a la desconfianza que se tenían en los jueces, ya que eran los únicos funcionarios que se habían mantenido en sus labores después de las revoluciones contra el *Ancien Régime*⁴. Este rol automático de los jueces iba implicar un recorte de facultades interpretativas sobre las normas jurídicas y hasta una restricción de otros principios explícitos o implícitos del derecho penal como la inmediación y socialización. Es notable el grado de exigencia de certeza en un caso del Tribunal Supremo del Reich que cita Roxin donde “... rechazaron que se pueda castigar como hurto (S 242) la sustracción ilegítima de energía eléctrica, porque la energía no se puede calificar como cosa (corporal); lo que dio lugar a que en el año 1900 se introdujera la tipificación penal de la sustracción de energía eléctrica.”⁵ Ello no muestra sino el grado de restricción que tenían los jueces para interpretar las normas y conceptualizar las instituciones jurídicas.

Sin embargo, actualmente no puede dejar de reconocerse –en menor o mayor medida- la unidad del derecho y la uniformidad de las fuentes o conceptos jurídicos como la legislación, las normas que integran el bloque constitucional y de constitucionalidad, los Tratados Internacionales y la jurisprudencia internacional, entre otros, la cual forma parte del derecho interno de los Estados. Aunque Jiménez de Asua se ha mostrado clásicamente en contra de la creación del derecho vía jurisprudencia –aunque sólo haciendo referencia a los tribunales internos por las condiciones de dicha época-, tuvo ideas amplias sobre el principio o fundamento de legalidad penal al momento de la interpretación judicial. En ese sentido, menciona dentro de la concepción de la teoría finalista del delito⁶, al elemento sistemático como criterio de interpretación para hurgar la voluntad de la norma y del legislador ya que las disposiciones jurídicas no viven aisladamente y que el sentido de una norma se clarifica cuando se relaciona con otras leyes e, incluso, los principios generales del Derecho.⁷

Surge entonces, en este estado de cosas, en qué medida se puede aplicar otras fuentes de derecho a los procesos penales en cuanto a la definición de ciertos términos que se encuentran en las leyes penales, la calificación de determinados hechos o la integración de normas convencionales junto con las jurídico-penales y si ello se encuentra o no dentro del principio de legalidad penal.

3. El principio de legalidad en el Estado Social de Derecho.

El moderno principio de legalidad nace, como hemos visto, en la época de las revoluciones y políticas liberales de la Francia revolucionaria. Ideológicamente, tiene como antecedente la ilustración y, antes de ello, el renacimiento en Italia. Sin embargo, las razones y fundamentos por las cuáles se establece la máxima –en su significación moderna- del *nullum crimen sine lege praevia*, tiene mucho que ver con el fortalecimiento del Estado a

⁴ Véase. Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2004, p. 318

⁵ Roxin, *Ibidem* 2, p. 151.

⁶ Teoría que era la imperante en la doctrina de dicha época, y que sobre su posición en cuanto al marco de alcance del principio de legalidad penal no presenta defecto para adaptarse a las teorías del delito vigentes como la funcionalista y protectora de bienes jurídicos que se encuentran.

⁷ Véase Jiménez de Asua, Luis, *Principios de derecho penal: la ley y el delito*, Editorial Abeledo - Perrot, 1989, p. 115.

través de la protección de los derechos fundamentales de los individuos y la creación de un Estado democrático (impensable en la época absolutista) que garantice la división de poderes. Así, no nos debe caber duda que el moderno derecho penal es una creación política para ejercer control sobre los fenómenos sociales en los Estados.

En cuanto al fortalecimiento del Estado democrático y la división de poderes, tiene mucho que ver el establecimiento del contrato social en los términos planteados por Rousseau y la garantía que buscaban los ciudadanos de que ya no sea una sola persona –el rey, monarca o autócrata– quien cree las normas penales, sino lo sean aquellos representantes del pueblo; ello por dos pilares fundamentales: la primera de ellas era, como lo hemos mencionado, la realización completa de un Estado y derecho penal democrático y la segunda razón era para evitar el uso del derecho penal como una herramienta para perseguir al enemigo social y/o político. La exigencia de la representación, entonces, constituyó una garantía para la creación de un derecho penal con rasgos garantistas, democráticos y protector de los derechos fundamentales. La *lex certa*, ahora, debía aplicarse junto con la *lex previa*, donde se recorten actuaciones políticas en la legislación penal que busquen fines individuales. Así, se configura el principio de “el poder emana del pueblo” con efectos en el sistema de justicia y que tiene su influencia incluso en la actualidad⁸.

Sin embargo, al igual que el derecho penal democrático nace como garantía del respeto de los derechos fundamentales, hoy, el tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, plantea nuevos paradigmas de entendimiento del fundamento o el fin del principio de legalidad penal a diferencia de cómo se conceptualizaba desde el Estado republicano. La similitud entre ambos es que nacen para cautelar los derechos fundamentales, sin embargo la diferencia la podemos notar en que en los Estados liberales los beneficiarios con el sistema penal democrático eran los ciudadanos considerados de manera individual, mientras que en el Estado Social de Derecho los beneficiarios serán, además de las personas de manera individual, la colectividad como conjunto.

Ello no responde solamente a concepciones de la teoría política o filosófica, la concepción del Estado Social se encuentra constitucionalizado incluso en algunos ordenamientos jurídicos como el peruano⁹, colombiano¹⁰ o español¹¹. Además de ello, y lo más significativo en este trabajo, es que dicho rol del Estado como “Social” se puede apreciar a partir de las regulaciones legislativas en el derecho penal al tratar los crímenes contra la humanidad y el surgimiento de la justicia universal en los códigos y leyes penales. Dicha relación entre ambas instituciones jurídicas que hacemos es por la importancia significativa que ha adquirido junto con la corriente de los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, la protección de los ciudadanos frente al Estado y la búsqueda de una justicia real a favor de la víctima cuando ha sufrido crímenes condenables por cualquier sociedad sea donde esta haya sido cometida, a los cuáles no caben, como los delitos de otro tipo, las prescripciones o amplios beneficios que para algunos casos ofrece la ley penal. En ese sentido, en el Estado Social de Derecho, el proceso penal seguirá estando dotado de las

⁸ En ese sentido, por ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la Constitución de República de Panamá de 1972, la Constitución española de 1978 y la peruana de 1993.

⁹ Véase el artículo 43° de la Constitución peruana

¹⁰ Véase el artículo 1° de la Constitución colombiana.

¹¹ Véase el artículo 1.1° de la Constitución española.

garantías propio de los sistemas garantistas pero, también, velarán por la búsqueda de la justicia y el derecho a la verdad ante crímenes de lesa humanidad y violaciones graves de derechos humanos entendiendo que estos, por su trascendencia y condena internacional, no pueden ser sustraídos de su conocimiento de fondo por cuestiones procesales como la prescripción que pueda constituir un camino hacia la impunidad. Esto no fue sino una situación de desprotección a la víctima que imperó mucho en los procesos penales y que ya en el siglo XIX, Franz Von Liszt conceptualizaba al derecho penal como “la carta magna del delincuente”¹². Lo que ahora toca revisar, es de qué manera se ha reivindicado, al menos en América Latina, la situación de la víctima y la búsqueda de justicia en los casos de violación de derechos humanos para entrar al tema de fondo.

4. La víctima desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Es importante señalar como en el órgano más importante de protección de los derechos humanos del continente nace la Corte IDH. Al respecto, se ha señalado que esta surge como iniciativa del entonces Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”), Señor Rómulo Gallegos, ante las denuncias que recibía de numerosas personas al realizar visitas *in loco*. Así, desde la presidencia de la CIDH se toma la iniciativa de comunicarse al Consejo de la OEA, señalando que sus “... limitados poderes no le permitirían cumplir la misión de defensa de los derechos humanos que los pueblos de América esperaban de ella, y que sentía[n] que sus obligaciones no deberían restringirse a promover el respeto de tales derechos sino también a velar porque ellos no fueran violados (...)”¹³.

Si bien es cierto la naturaleza de la Corte IDH es distinta a la de un tribunal interno especializado en lo penal, es indudable que las decisiones que emita contra un Estado va tener un efecto, según sea el caso, en cuestiones penales, sea por ejemplo la investigación y sanción de presuntos responsables de un hecho violatorio de derechos humanos. De esta manera, la Corte IDH nace como una respuesta jurídica a favor de la víctima para encontrar reparación y reconocerle una protección judicial efectiva que incluyó, a través de sus decisiones, el mandato a los Estados que investiguen a fondo sobre las violaciones que ha sufrido una persona y que involucraban de manera implícita el derecho a la verdad¹⁴, el cual ha tenido como consecuencia en estos tiempos de la puesta en revisión de ciertos principios procesales penales como el *ne bis in ídem*, cosa juzgada, prescripción, entre otros, para casos de crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos como posteriormente veremos.

¹² Véase Liszt, Franz Von, "Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts" en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Vol II. Berlín, Ed. Walter de Gruyter, 1970, p. 80.

¹³ Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3 ed, 2004, p. 39.

¹⁴ Para el caso del derecho a la verdad, la Corte IDH la ha reconocido en el *Caso Bamaca Velásquez Vs. Guatemala* (Véase p. 201, Fondo) como aquel que “se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención (Americana sobre Derechos Humanos)” y un año posterior se adoptó el mismo criterio en la emblemática sentencia del *Caso Barrios Altos Vs. Perú* (Véase p. 48, Fondo).

Lo que se tiene que determinar, entonces, es si las decisiones que establezca la Corte IDH o desde el Sistema Interamericano en general, respecto a los Estados pero que a su vez tenga efecto en cuestiones penales, vulnera o no la garantía del procesado al principio de legalidad si es que es sometido a una investigación penal bajo parámetros del tribunal interamericano o haciendo uso, por mandato de la Corte IDH, de Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En ese marco, entendiendo al principio de legalidad como una garantía fundamental, es necesario antes de ello tener en cuenta que la posible lesión a dicho principio de legalidad, tiene sus efectos en diversos derechos fundamentales, lo que hace que sea más propicio para definir dicho principio de legalidad la revisión de aspectos constitucionales y de la filosofía del derecho para definir los fundamentos históricos de dicho principio y cuáles son los límites y alcances en el sistema euro continental y, sobre todo, en los países miembros del Sistema Interamericano.

5. El marco de alcance del principio de legalidad en el Estado Constitucional de Derecho.

Luego de haber analizado el principio de legalidad penal en el marco de las ideas posteriores a la ilustración y el surgimiento de los Estados republicanos, toca ver cómo dicha institución jurídica ha ido variando en la práctica con la aparición del constitucionalismo en Latinoamérica y el surgimiento de los Tratados y tribunales internacionales. Dichas situaciones, obviamente, han tenido y van a seguir teniendo efectos en el derecho público e, indudablemente, en los principios del derecho penal y procesal penal planteando nuevos alcances o límites de sus principios como el de legalidad que estamos estudiando. En ese sentido, abordaremos cuatro temas claves del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para poner en revisión los alcances del principio de legalidad penal en el reciente contexto latinoamericano.

5.1. Los fundamentos históricos del principio de legalidad.

Como lo mencionamos anteriormente, uno de los fundamentos del principio de legalidad penal es la necesaria representación en la que se debía basar la elaboración de normas en ese entonces para enmarcarse dentro de un sistema penal democrático, contrario entonces a regímenes autoritarios o absolutistas. La democracia, en los Estados republicanos, constituía en ese entonces una garantía del respeto a la persona humana. Sin embargo, si antes la democracia era una garantía para el derecho penal, hoy no podemos negar que el respeto de los derechos fundamentales son límites para un derecho penal humanista; esto no implica, por cierto, un desapego a las decisiones democráticas ni una pérdida de su valor en la sociedad, sino el realce de aquellos derechos inherentes e inalienables que tiene cada persona en la sociedad como bienes jurídicos innegociables pero ya no solo para aquel que sufre un proceso penal, sino también para la víctima y sus familiares que buscan el conocimiento de la verdad y la búsqueda de una sanción. El respeto de dichos derechos inalienables fue manifestado por la Corte IDH desde su primera sentencia que emitió en el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*¹⁵ y no pocas veces dichos criterios en la corriente

¹⁵ En ese sentido, la Corte IDH ha mencionado que:

por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el

de los derechos humanos ha tenido como consecuencia un rechazo democrático en algunos sectores de la ciudadanía ante la respuesta que debía brindar el Estado hacia personas que hayan cometido delitos graves y repudiables.

Así, la esencia y fundamento del moderno principio de legalidad se encuentra en los artículos 7^o¹⁶ y 8^o¹⁷ de la Declaración Francesa de 1789 teniendo como alcance prioritario el hecho que las leyes penales y las condenas debían encontrarse establecidas con anterioridad a la realización de una conducta que se quiera imputar y que las órdenes de los agentes del Estado deben ser conforme a ley sin margen de arbitrariedad. Así, como vemos, la Declaración Francesa hace referencia del término “ley” en su documento normativo como la expresión de la voluntad de mayorías y del régimen democrático como sistema garantista de sus derechos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que cuando nace en la Francia revolucionaria dicho principio, los derechos humanos que se establecen nacen a favor solo de la clase burguesa de ese entonces, por lo que las minorías se encontraban aún en cierta desprotección jurídica la cual culmina con el constitucionalismo –especialmente en su vertiente *social*- donde se reconoce los derechos fundamentales a cualquier ser humano en cuanto a su respeto, exigibilidad y justiciabilidad. Ello es importante, porque con los Tratados y la jurisprudencia interamericana, se reivindica lo que en la jurisdicción interna no se pudo reconocer y más que aplicando el derecho de los Estados.

De esta manera, el núcleo básico de protección del principio de legalidad dado por la Declaración Francesa¹⁸ (la cual influenció a todo el sistema eurocontinental, y con ello el ámbito latinoamericano) fue el establecimiento de manera previa del delito redactado de manera específica y el margen de la condena. Revisar los fundamentos históricos del principio de legalidad penal es fundamental para ver si se quiere hacer un análisis de dicha institución jurídica y plantear nuevos alcances para no correr el riesgo de desnaturalizar la esencia de un principio para el cual fue creado.

5.2. Los Tratados como derecho nacional.

Los Tratados de Derechos Humanos, a diferencia de otro tipo de Tratados Internacionales, van obligar a los Estados frente a los ciudadanos en reconocer y garantizar un conjunto de determinados derechos. En ese sentido, los destinatarios de las normas contenidas en los Tratados de Derechos Humanos serán las propias personas las que podrán hacer valer

Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

(Corte IDH, “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1998, Fondo, Serie C, No 4, ¶¶ 154).

¹⁶ Artículo 7°.- Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la ley según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la ley debe obedecer inmediatamente: se hace culpable por la resistencia.

¹⁷ Artículo 8°.- La ley no debe de establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

¹⁸ Si bien es cierto la Constitución de Maryland previó antes el moderno principio de legalidad, sus fundamentos no influenciaron de la misma manera que lo hizo la Declaración Francesa ya que, para el primer caso, el principio de legalidad se refería dentro del contexto del derecho interno mientras que en la Declaración Francesa no hacía una referencia de un contexto espacial específico, siendo sus disposiciones

dichos derechos del Tratado sea en el ámbito interno como en la jurisdicción internacional. Así las cosas, en el Estado Constitucional de Derecho (el cual tiene un surgimiento muy posterior a la del principio de legalidad penal) se reconocerán a los Tratados de Derechos Humanos como normas jurídicas aplicables de manera directa, que forma parte del derecho nacional e, incluso, que poseen rango constitucional; esta última mención de los Tratados es importante, toda vez que sus normas y rango jerárquico van a tener efecto en los procesos penales. Como conjunto de derechos humanos y fundamentales que ahí se encuentran, vamos a ver a continuación si es que cumplen el rol democrático que se exigía o se fundamentaba en sus orígenes el principio de legalidad.

Debemos tener en cuenta que el fundamento democrático por el cual se basa el principio de legalidad penal en sus Códigos y leyes, también se cumple para el caso de los Tratados de Derechos Humanos; pues estos pasan por la necesaria aprobación del Congreso o Parlamento (según sea el caso) que es el órgano político y democrático que representa a la sociedad con una determinada cantidad de votos exigidos al igual que las leyes penales. Por otra parte, luego de la firma del Tratado, se espera una ratificación con el fin que se pueda adecuar el ordenamiento jurídico interno al Tratado de acuerdo a la doctrina del margen de apreciación y se oriente la política gubernamental en el sentido que haga posible el reconocimiento de los derechos ahí establecidos. Así, el Tratado de Derechos Humanos va constituir parte del derecho nacional y lo regulado en sus normas (junto con sus interpretaciones, como posteriormente analizaremos) debe ser reconocido de igual manera en los procesos penales con las consecuencias y limitaciones que ello deriva.

Para el caso de los Tratados como fuente de aplicación directa en los procesos penales, debemos tener en cuenta que, formando parte del derecho nacional, no debe haber duda de su aplicación directa más aún si por lo general tienen un rango y fuerza superior que las leyes penales, sin embargo, si es que no tiene un desarrollo legislativo interno en el respectivo Estado, esta debe ser empleada de manera mesurada y que sirva como criterio orientador o interpretativo de una institución jurídico-penal. Tomemos como ejemplo la aplicación directa de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de las Naciones Unidas, el cual señala al apartheid en el artículo I como crimen de lesa humanidad dando, en el artículo posterior, una serie de conductas que describen la realización de dicho crimen entre las que se incluyen los asesinatos de miembros de uno o más grupos raciales. Al respecto, debemos tener en cuenta que como crimen de lesa humanidad de acuerdo al derecho internacional penal, serán imprescriptibles de acuerdo al artículo 29° del Estatuto de Roma. En ese sentido, si bien es cierto los Tratados de Derechos Humanos no sirven como mecanismo para la determinación de pena, si lo es para la calificación universal de ciertas conductas que atentan contra los derechos humanos de las personas, como su prescripción, hechos comisivos y la integración con las normas penales. De esta manera, la entrada en vigencia de un Tratado que, teniendo disposiciones con efectos penales, no producirá sino la derogación tácita de la ley penal de acuerdo al rango que goza el Tratado en el Estado.

Además de ello es importante mencionar que dicha entrada en vigencia del Tratado, no viola en ningún aspecto la seguridad jurídica del acusado, puesto que aún con ello se debe cumplir la irretroactividad de la norma, se ha garantizado su publicidad y existe la misma presunción del conocimiento de la norma al igual que las leyes internas penales puesto que

el Tratado también forma parte del derecho nacional. Pero, ¿qué pasa en el ejemplo que dimos si un Estado no ha regulado como delito el apartheid en su legislación interna? Hemos sido claros en que el principio de legalidad penal para el caso de los Tratados de Derechos Humanos tiene su límite en la determinación de las penas o la tipificación expresa de delitos. Sin embargo, nada obsta a que en una de los tipos de homicidio calificado o asesinato, se pueda subsumir al apartheid. Para este ejemplo, bien podría caber como un “homicidio calificado por placer” de acuerdo a la cultura jurídica de cada país y siempre que la adecuación de la conducta no constituya una manera forzada de interpretar la ley, pues ahí se estaría violando dicho principio de legalidad en perjuicio del acusado. Si bien es cierto desde una concepción más tradicional del principio de legalidad penal esto podría constituir *prima facie* una violación a las garantías del procesado, ello no sería así, toda vez que tal disposición se aplicaría de todas maneras en la Corte Penal Internacional de llegar a conocimiento de dicho tribunal el caso, por lo que no se estaría violando tal garantía ya que igualmente está sancionada por el Derecho Internacional Penal y hasta podría ser sancionado con dichos instrumentos en otro Estado en virtud del principio de la jurisdicción universal.

5.3. Las decisiones desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como derecho nacional.

Otra cuestión académica que se plantea es si las decisiones que adopte la Corte IDH como tribunal internacional y las interpretaciones que sobre los Tratados de Derechos Humanos pueda adoptar, involucra o no a los jueces internos cuando se refiere al ámbito del derecho penal. Aquí se encuentra la incertidumbre jurídica de si el juez penal, sea aun así ante una violación grave de derechos humanos y fundamentales, debe aplicar solo la ley y normas de rango supremo para el procesado, o también cabe que a este último le recaigan los efectos de las interpretaciones que sobre los derechos de los Tratados haya hecho la Corte IDH o las decisiones en sus fallos en los casos que sea desfavorable para el procesado en casos como delitos de desaparición forzada, tortura, trata de personas, etc.

Como lo mencionamos anteriormente, por el contexto de la época desde que se gestaron las ideas del moderno principio de legalidad y del derecho penal en el marco de los Estados republicanos, las leyes penales desarrollaron sus garantías teniendo mayor consideración por el procesado que por la víctima, la cual recién es reivindicada a partir de la década de 1960. Estos acusados usualmente se beneficiaban en principios procesales penales como el *ne bis in ídem*, sobreseimiento, el principio de oportunidad y, entre otros más, que por muchos años que se encontraban en la doctrina y la legislación nunca fueron confrontados o puestos en revisión ante casos especiales como las graves violaciones de derechos humanos, sino hasta después que surja la jurisdicción internacional.

En primer lugar, vamos a delimitar un marco de alcance sobre a qué tipo de interpretaciones de los derechos dados por la Corte IDH o sus decisiones que tengan efecto en el derecho penal vamos hacer referencia a efectos de someter a análisis el principio de legalidad penal. En primer lugar también debemos rechazar la consideración de la jurisprudencia internacional como fuente creadora de normas penales o como determinadora de pena de algunos delitos, lo cual es ilógico pensar y nunca se ha dado en ningún caso. Lo único que se va hacer referencia es sobre los calificativos que dicte la

Corte IDH sobre determinados delitos o conductas violatorias de derechos humanos desde la perspectiva internacional y que genere consecuencias previstas en Tratados Internacionales así no haya sido regulado en las leyes penales convencionales de cada Estado.

Para hacer este examen del rol del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del papel de la Corte IDH en específico, es necesario revisar conceptos de perspectiva constitucional como el control de convencionalidad, la jurisprudencia internacional como parte del bloque constitucional y la obligatoriedad del cumplimiento de los Tratados para ir definiendo cuáles son los límites y alcances del principio de legalidad penal desde el surgimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la protección de la víctima.

5.3.1. El control de convencionalidad y la seguridad jurídica.- Este control o análisis de convencionalidad, es el que ejerce la Corte IDH sobre la legislación o cumplimiento de las disposiciones por parte de un Estado de sus obligaciones según los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque la Corte IDH siempre ha efectuado en la práctica dicho control de convencionalidad, recién es reconocido en el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez en el *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Asimismo, fue establecido de manera formal en el *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile* donde señaló que los jueces internos –entre ellos los jueces penales- están obligados a aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”¹⁹.

De esta manera, el control de convencionalidad es análogo al control de constitucionalidad solo que el primero se referirá a los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales poseen rango constitucional. Así, dicho control va permitir dejar sin efecto aquellas normas jurídicas de inferior jerarquía que, si bien es cierto pueden haber sido elaboradas con las formalidades procesales que la legislación interna establece, su contenido resulta violatorio de los derechos garantizados en la Convención Americana. En realidad creemos que una norma de inferior jerarquía que resulta violatoria de derechos de rango constitucional no debería si quiera tener efectos jurídicos, pues de esta manera se estaría convalidando crear situaciones de inconstitucionalidad o de preferir una norma de inferior jerarquía manifiestamente violatoria de derechos inalienables en virtud de la “seguridad jurídica”. En el mismo sentido se pronuncia Antonio Enrique Pérez Luño, cuando después de dar una revisión en la edad antigua de la seguridad jurídica, la define en relación a las circunstancias actuales explicando que “[e]n el Estado de Derecho la seguridad jurídica asume unos perfiles definidos como: presupuesto del Derecho, pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales (...)” En ese sentido, actualmente la seguridad jurídica se encuentra para la realización de los derechos fundamentales, la cual incluye, entre otras cosas, las garantías y debida protección judicial.

¹⁹ Véase Corte IDH, Caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No. 154, ¶¶ 124.

Si bien es cierto el derecho penal se ha ocupado de velar de manera preferente por la seguridad jurídica del procesado, es bueno tener en cuenta el contexto en que surge la institución de la seguridad jurídica –similar al del principio de legalidad- teniendo sus orígenes en las limitaciones de los poderes absolutistas a cargo de los monarcas, reyes o autócratas, como una <<democratización>> del poder y un límite a las facultades decisorias que podía tener una persona –o un grupo muy reducido- en perjuicio de grupos sociales amplios. Sin embargo en la actualidad, con la estabilidad de la democracia y el surgimiento internacional de los derechos humanos, la situación es distinta a la que en el momento surgió el principio de seguridad jurídica mereciendo que se adapte dicha institución en el marco del control de convencionalidad y las violaciones graves de derechos humanos en las que se busca protección judicial y garantía en los procesos. De esta manera, se podría concluir que la seguridad jurídica actual es el respeto y observancia a las normas de rango supremo y la realización de la justicia penal.

5.3.2. La jurisprudencia internacional como parte del bloque constitucional.- Otra concepción moderna que ha surgido a partir del constitucionalismo ha sido la jurisprudencia como fuente creadora del derecho y el bloque constitucional²⁰. En ese sentido, debemos establecer una diferencia material entre aquella jurisprudencia que se aboca en otras disciplinas jurídicas donde existe una mayor relatividad al principio de legalidad de la que tienen sus efectos en el derecho penal, los cuales tendrán evidentemente mayores limitaciones. Asimismo, en cuanto a los efectos penales de la jurisprudencia internacional, es preciso hacer una diferencia entre aquellos tribunales u organismos internacionales decisores²¹ que si bien es cierto pueden tener competencia para emitir resoluciones, no son, como la Corte IDH, intérpretes últimos de algún Tratado Internacional como lo es este tribunal respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, tenemos que limitar aquellas decisiones e interpretaciones que ha dado la Corte IDH en su jurisprudencia solo para aquellos casos que lo haya hecho teniendo como referencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mas no otro Tratado Internacional, puesto que dicha Convención es la única sobre la que la Corte IDH es su intérprete último²². Así, la Corte IDH será no solo el último intérprete de la Convención Americana, sino el mejor que pueda delimitar sus alcances y contenido de cada derecho establecido en el referido Tratado para entenderlo en el correcto sentido para el cual fue reconocido. De esta manera la Corte IDH no establece la interpretación de los derechos convencionales de manera arbitraria, sino en base el artículo 29° de la aludida Convención.

Es importante mencionar dicha norma citada, toda vez que hace referencia a la prohibición de interpretación de la norma jurídica en el sentido que pueda restringir el ejercicio de un

²⁰ Aunque esta última tiene una creación un poco más antigua en la jurisprudencia francesa como posteriormente revisaremos.

²¹ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha establecido en el Hábeas Corpus “Acosta, Claudia Beatriz y otros” que las decisiones emanadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco del principio de la buena fe internacional, no implican una obligatoriedad de su cumplimiento ni una vinculación de los jueces internos del Estado argentino en su acatamiento, más sí de la realización de los mayores esfuerzos posibles por cumplirlos.

²² Véase Corte IDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No. 154, ¶¶ 124.

derecho; sin embargo, en la actualidad resulta un enunciado un tanto ambiguo sobre todo cuando se deben interpretar dos derechos convencionales donde el ejercicio de uno afecte otro, siendo que más bien lo que se aplica es un test de proporcionalidad. Así, ello resulta importante para ponderar los derechos de la víctima y del procesado acusado de cometer una violación de derechos humanos al momento de interpretar los mandatos, decisiones o interpretaciones jurídicas que haya efectuado la Corte Interamericana.

Es necesario tener en cuenta que los criterios interpretativos que ha emitido la Corte IDH, que no es sino el contenido de alcance y garantía que deben brindar los Estados, por los que éstos últimos deben orientar la protección de dicha forma y entendiendo que la omisión en realizar dicho respeto (conforme a los criterios interpretativos que vaya emitiendo) tendrá como efecto la generación de un perjuicio para la víctima o el acusado en un proceso penal.

Un caso paradigmático donde se ha aplicado en la práctica esta nueva concepción del principio de legalidad ha sido en la sentencia que emitió la Corte IDH en el *Caso Barrios Altos Vs. Perú* donde, entre otras cosas, las víctimas acreditaban la vulneración del derecho a la garantía y protección judicial (artículos 8° y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) al haber el Estado peruano promulgado las denominadas “leyes de autoamnistía” que impedían el acceso a la justicia, la investigación y la sanción de los presuntos responsables de dichos crímenes. La Corte IDH mencionó que los recursos legales para impedir la sanción de violaciones graves hacia los derechos humanos, desapariciones forzadas, ejecuciones extralegales y, entre tantos otros crímenes, eran inadmisibles y carecían de efectos jurídicos²³. Este ejemplo resulta interesante para entender este principio de legalidad puesto que, en su concepción tradicional, aquellas leyes favorables al procesado se podían aplicar, incluso, de manera retroactiva y eran insustituibles en perjuicio de aquel que se encontraba inmerso en un proceso. Desde el Derecho Internacional Penal, sin embargo, se ha venido rediseñando este principio de tal manera que no perjudique a la víctima y no convalide, en nombre de la seguridad jurídica, situaciones contrarias a la Constitución.

6. Conclusiones.

El moderno principio de legalidad penal constituyó una garantía de un sistema democrático de enjuiciamiento penal y una afirmación de la existencia de una política criminal destinada a la prevención de delitos desde sus orígenes. Sin embargo en la actualidad, y con el surgimiento de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional y la protección a la víctima, dicho principio ha venido surtiendo ciertas modificaciones en su concepción moderna, producto de la evolución de los conceptos jurídicos y la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como parte del derecho nacional y, por tanto, de aplicabilidad directa a los procesos que se conozcan.

Sin embargo, dicho empleo de los Tratados Internacionales y el Derecho Internacional, no debe resultar desproporcionada ni violatoria de las garantías mínimas que tiene todo procesado por el delito grave que pudiera resultar; sobre todo si tenemos en cuenta que todo procesado sigue gozando de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra la

²³ Véase Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, Fondo, Serie C. No 75, 41.

presunción de inocencia y el respeto de su dignidad. En ese sentido, al igual que hicimos un análisis de los fundamentos históricos sobre el cual se basó el moderno principio de legalidad, lo mismo debemos hacer para el caso de los derechos humanos: la protección de los derechos fundamentales de cualquier persona pero, entendiendo también, que estas no deben ser usadas como una vía hacia la impunidad o el beneficio por normas que resultan contrarias a la Constitución de cada Estado o a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA.

Binder, Alberto M., Introducción al Derecho Penal, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2004

Corte IDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C. No. 154.

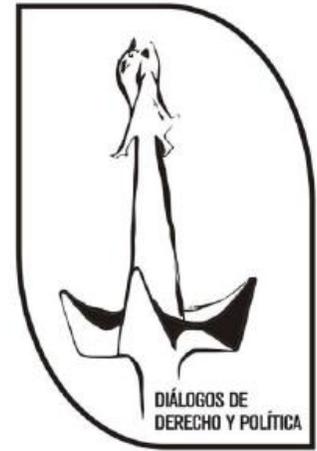
Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú", sentencia del 14 de marzo de 2001, Fondo, Serie C. No 75.

Faúndez Ledesma, Héctor, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales, San José, Editorial Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3 ed, 2004, p. 39.

Jiménez de Asua, Luis, Principios de derecho penal: la ley y el delito, Editorial Abeledo - Perrot, 1989.

Liszt, Franz Von, "Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts" en Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Vol II. Berlín, Ed. Walter de Gruyter, 1970.

Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Madrid, Editorial Civitas, 2 ed., 1997.



La acción de tutela contra providencias judiciales y el debido proceso. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.¹

Claudia Janneth Loaiza Henao

Abogada de la Universidad Católica de Oriente.

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

Resumen.

El presente escrito, busca determinar la naturaleza jurídica de la acción de tutela contra providencias judiciales; además, determinar cada una de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales establecidas por la Corte Constitucional y analizar la jurisprudencia a modo de ejemplo, y por último se hace un seguimiento de lo que ha entendido, en esta jurisprudencia, la Corte Constitucional desde sus inicios hasta la actualidad por el concepto del debido proceso y cuáles han sido los tradicionales remedios procesales para las nulidades del procedimiento.

Palabras clave: Acción de tutela contra providencias judiciales, causales de procedibilidad, Corte Constitucional, debido proceso, derechos fundamentales, nulidades procesales.

La acción de tutela contra providencias judiciales y el debido proceso. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Introducción.

El Decreto 2195 de 1991 reglamentó la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, y es partir de ahí que la Corte Constitucional en ejercicio del examen de constitucionalidad empezó a hacer un estudio sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales mediante la sentencia C-543 de 1992, abriéndose el escenario para que la Corte comenzara a determinar los casos en que opera la misma en contra de providencias judiciales, estableciendo los casos de procedencia a lo largo de su jurisprudencia para que finalmente con la sentencia C-590 de 2005 se precisara las causales genéricas de procedibilidad del recurso de amparo o recurso de constitucionalidad contra providencias judiciales en procura de la protección de los derechos fundamentales, tales como el debido proceso y el acceso a la justicia.

Las altas cortes no han sido unánimes respecto de este tema, tanto la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura han defendido la tesis de que la acción de tutela no procede contra las providencias judiciales, bajo el argumento de la independencia judicial, la seguridad jurídica y la cosa juzgada, lo que ha desatado un enfrentamiento entre estas altas cortes al punto de que la Corte Constitucional ha revocado sus decisiones judiciales en sede de tutela.

En este desarrollo jurisprudencial se evidencia el significado que le ha ido dando la Corte Constitucional al concepto del debido proceso, el cual cada vez tiene un sentido mas amplio y abarca la esfera no solo del derecho procesal en estricto, sino que se extiende al derecho sustancial, en garantía, por ejemplo, de la Constitución Política misma y de la legalidad, donde se percibe la introducción al concepto del debido proceso de elementos no solo jurídicos, sino además, políticos, sociales, económicos, éticos, morales, entre otros, con ocasión a las diferentes problemáticas acontecidas en la comunidad.

Este trabajo pretende determinar y abordar cada una de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales como mecanismo cautelar y subsidiario para la salvaguarda de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia, y finalmente, el desarrollo al concepto del debido proceso que le ha dado la Corte Constitucional; esto es, cómo ha ido entendiendo éste alto tribunal el debido proceso.

Para el desarrollo de este escrito se realiza un estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales con el objetivo de determinar las causales de su procedencia y los requisitos para su validez y eficacia. Así mismo, se hace uso de la doctrina, algunas revistas especializadas en temas de derecho y puntualmente sobre acción de tutela, artículos de internet y tesis de grado.

El presente trabajo está dividido en cuatro capítulos, un primer capítulo que trata la naturaleza jurídica de la acción de tutela contra providencias judiciales y su alcance jurídico

como mecanismo cautelar para la garantía de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia; un segundo capítulo que establece las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, un tercer capítulo que vislumbra las diferencias suscitadas entre las altas cortes sobre la procedencia del recurso constitucional en contra de providencias judiciales, y un cuarto capítulo, que contiene el desarrollo que ha tenido el debido proceso por la Corte Constitucional y cuáles han sido los tradicionales remedios procesales a las nulidades del proceso.

1. Concepto y naturaleza jurídica de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La acción de tutela² -o el llamado recurso de amparo o recurso de constitucionalidad, como lo ha denominado la Corte Constitucional en la Sentencia C-590 de 2005, es el instrumento de protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política “cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de autoridades públicas o de particulares.”³, o mejor “... ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr protección.”⁴. Es claro que los jueces de la República ostentan la calidad de funcionarios públicos y esto conlleva a que en contra de sus providencias proceda el amparo constitucional de la acción de tutela cuando se vulneren derechos fundamentales y así lo dejó claro la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 de 1992, evento en el que la Corte declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 41 del Decreto 2591 de 1991⁵, trató el tema de las vías de hecho y fue enfática en determinar que en contra de las providencias de los jueces procede la acción de tutela, cuando afirma:

*De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias.*⁶

De otra parte, no puede dejarse de lado que la acción de tutela contra providencias judiciales sólo procede cuando es el único medio con el que la persona afectada cuenta para la protección de los derechos fundamentales amenazados o violados con la actuación del juez, por lo que tiene un carácter excepcional, es decir, solo procede cuando la persona no tiene otro mecanismo de defensa de sus derechos, pues la regla general es la vía ordinaria, y ha agotado todos los mecanismos de defensa, como los recursos con los que se dispone en el proceso en el que se le vulneraron los derechos fundamentales. Al respecto el Consejo

² COLOMBIA, Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política. 1991. Artículo 86.

³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, octubre 1 de 1992.

⁴ GÓMEZ GARCÍA, Carlos Fernando. Las vías de hecho como generadoras del choque de trenes en la jurisprudencia constitucional. En: Criterio Jurídico. Santiago de Cali. N° 2. (jul.-dic. 2009). p. 45.

⁵ Decreto por medio del cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1992. Op. Cit.

Superior de la Judicatura expuso: *“Como se indicó, la aplicación, de esta doctrina Constitucional, tiene un carácter eminentemente excepcional, por virtud del principio de independencia de la administración de justicia y del carácter residual de la acción de tutela.*

(...) esta sólo procede en ausencia de un mecanismo alternativo de defensa judicial, o para efectos de evitar un perjuicio irremediable. (...)”⁷

De otra parte, la acción de tutela contra providencias judiciales está concebida como un procedimiento cautelar que garantiza la efectividad del derecho fundamental al debido proceso de otro proceso judicial, en el que se ha vulnerado presuntamente este derecho, por lo que se trata de una pretensión de prevención y de protección.

“El proceso cautelar es el conjunto de actos dirigidos a obtener una decisión jurisdiccional a efectos de garantizar, asegurar o prevenir la ejecución de una decisión respecto de un proceso principal o proceso cautelado.”⁸, y es así, que la acción de tutela se constituye en un procedimiento cautelar que procura garantizar, asegurar o prevenir la vulneración del derecho fundamental al debido proceso de otro proceso judicial.

La acción de tutela contra providencias judiciales que ostenta el carácter de excepcional y residual procura que cuando no exista otro medio de defensa, garantizar la aplicación de los derechos fundamentales en el proceso en el cual presuntamente se desconocieron, que para el caso, puede tratarse del derecho al debido proceso, el acceso a la justicia o el derecho a la práctica de la prueba; como proceso cautelar está ligado a un proceso principal y es por ello que el juez de constitucionalidad solo puede limitarse a verificar que no se haya vulnerado derechos fundamentales en el proceso principal y se le prohíbe pronunciarse sobre el asunto de fondo lo cual es de competencia del juez de conocimiento. Pese a que la acción de tutela como procedimiento cautelar esté ligado a otro proceso es completamente autónomo con relación a lo que se discute en el proceso en el que se incurrió en una vía de hecho que busca garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.

Es además, un procedimiento y no un proceso en sentido estricto, dado que garantías fundamentales como el principio de contradicción o de la bilateralidad de la audiencia no están plenamente garantizadas, pues no se le dan a las partes idénticas oportunidades de defensa y de contradicción de los medios de prueba y tiende a amparar a la parte afectada por la violación de sus derechos fundamentales, quien es la parte mas vulnerable. Así mismo, es un procedimiento por cuanto tiene una estructura tendencialmente libre y abierta, por ejemplo en materia probatoria las etapas no son preclusivas y estrictas como si lo son en el proceso, por lo que pueden desarrollarse en cualquier momento, esto es, tanto en primera como en segunda instancia. Es además un procedimiento estrictamente inquisitivo, en razón a que el juez está plenamente facultado para decretar pruebas de oficio, invertir la carga de la prueba, adecuar la calificación de los hechos y amparar derechos fundamentales no peticionados, es decir, conceder derechos por fuera de lo solicitado por el accionante en tutela.

⁷ REPUBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia - Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia de marzo 1 de 2011, expediente 1100101020002010247201, Magistrada Ponente María Mercedes López Mora.

⁸ BOOK LEGIS. Introducción al proceso cautelar (en línea). Disponible en: <http://booklegis.blogspot.com/2011/08/introduccion-al-proceso-cautelar.html> (consulta agosto 23 de 2012)

Por otra parte, no puede predicarse que la acción de tutela contra providencias judiciales se trate de una acción en abstracto propiamente dicha, ya que lo que procura es la protección de un derecho fundamental en concreto. Tampoco se trata de un recurso, pues no está positivado como tal, ni obedece a ninguna instancia en razón al carácter de excepcional y residual, por lo que solo podrá solicitarse tal amparo cuando efectivamente se vulnere el debido proceso y no exista otro medio de defensa judicial. *“Por ende, la acción de tutela no es un medio alternativo, adicional o complementario con el que se busque el fin de la protección de los derechos vulnerados, ni mucho menos puede entenderse como un “ultimo” recurso en manos del actor,”*⁹

Por último, la expresión acción de tutela es redundante si se tiene en cuenta en sentido concreto el concepto de acción que es lo mismo que tutela, dado que ambos conceptos son sinónimos, significan amparo, protección o defensa, y es por ello que algunas sentencias de la Corte Constitucional y en especial la sentencia C-590 de 2005 la denomina *“recurso de amparo o recurso de constitucionalidad”*¹⁰.

2. Causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

La primera decisión sobre “vías de hecho” se sucedió con la sentencia T-006 de 1996, donde por primera vez en la historia se anuló una decisión de la Corte Suprema de Justicia en el que por vía de tutela se concedió amparo al derecho fundamental al debido proceso. Pero fue con la sentencia C-543 de 1992¹¹ que se dio un gran avance sobre la materia, pues la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y por primera vez la corte utilizó el término de “actuaciones de hecho”, o lo que es lo mismo, vías de hecho.

A partir del año de 1992 y hasta el año 2003 se dio lugar a la “Teoría de los defectos” en que se creó cuatro (4) formas en la que se presenta la vía de hecho (defecto sustantivo, fáctico, procedimental y orgánico). Posteriormente, en el año 2003 con la sentencia T-441, se redefinió el concepto de vía de hecho por el de causales genéricas de procedibilidad, procurando dejar de lado dicho concepto, tratando de minimizar sus efectos lingüísticos que daba a entender que el juez actuaba por fuera de la legalidad, que el juez adoptaba decisiones arbitrarias y caprichosas, que el juez en presencia de una vía de hecho estaba cometiendo un delito.

Luego con la sentencia C-590 de 2005 la corte amplió los casos en los que procedía la acción de tutela contra providencias judiciales para aumentarlos a ocho (8), procuró limar asperezas con la Corte Suprema de Justicia puntualizando los casos en que procedía el recurso extraordinario de casación y cuando la acción de tutela contra providencias judiciales y la obligatoriedad de obedecer los pronunciamientos de la Corte Constitucional (precedente constitucional y doctrina constitucional), dejando claro la posición de alto tribunal y de interprete de la Constitución y la ley a la luz de la Constitución.

⁹ GÓMEZ GARCÍA, Carlos Fernando. Op. Cit.

¹⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, junio 8 de 2005.

¹¹ Mediante la cual se declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991.

2.1 El defecto orgánico.

Se está en presencia del defecto orgánico en aquellos casos en que “*el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de la competencia para hacerlo.*”¹² o mejor, cuando el juez adolece de la competencia para conocer de un proceso judicial y es el artículo 29 de la Constitución política que determina que “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las 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 (...)*”, refiriéndose al principio la legalidad de juez que comprende que determinadas actuaciones judiciales están asignadas a determinados jueces.

Ejemplo jurisprudencial. La sentencia SU-1184 de 2001, trata el famoso caso de la masacre de Mapiripán por la que un brigadier general y un teniente coronel fueron juzgados por la justicia penal militar por actos delictivos por fuera del servicio por crímenes de lesa humanidad y por fuero constitucional de juzgamiento. Luego de la apertura de la investigación el Ejército propuso una colisión positiva de competencias argumentando que los hechos sucedidos constituían actos del servicio militar, resolviendo el Consejo Superior de la Judicatura que la competencia era de la Justicia Penal Militar, donde finalmente se profirió sentencia mediante la cual los procesados fueron condenados por el delito de prevaricato por omisión y absueltos los demás delitos.

Una de las víctimas accionó en tutela en contra de aquella decisión argumentando, entre otros, la violación del fuero especial de juzgamiento del general Uscátegui quien debía ser juzgado por la justicia ordinaria, resolviendo la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá negar el amparo solicitado, razón por la cual los accionantes impugnaron y de este recurso conoció la Sala de Casación Penal quien confirmó el fallo impugnado.

Luego mediante revisión, la Corte Constitucional para darle solución al problema jurídico planteado abordó el tema del fuero penal militar y las reglas que fijan la competencia para establecer si un proceso puede ser de conocimiento de la Justicia Penal Militar, determinando que el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en una vía de hecho al desconocer el precedente de la Corte Constitucional en lo relacionado con la competencia de la Justicia Penal Militar, por desconocer las reglas constitucionales de competencia para juzgar a los generales de la República, pues este desconocimiento vulnera el principio del juez natural y en consecuencia el debido proceso.

2.2 Defecto procedimental absoluto.

El defecto procedimental absoluto “*se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido.*”¹³, cuando vulnera las formas propias de cada juicio¹⁴ o también, por “exceso ritual manifiesto”, es decir, cuando el juez pasa a ser procedimentalista, exigiendo requisitos y formas excesivas que a lo único que conllevan es al desconocimiento del derecho sustancial, del debido proceso y al acceso a la

¹² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. Op. Cit.

¹³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-386 de 2010, Magistrado Ponente Nilson Pinilla. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, mayo 21 de 2010.

¹⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constituyente. Op. Cit. art. 29.

justicia, sacrificando los derechos fundamentales por aplicación irrestricta de las formas del proceso¹⁵; el artículo 228 de la Constitución Política propende por la efectividad del derecho sustancial, sin que las formas sean un obstáculo para ello, y por el contrario estas deben convertirse en el medio para lograr su efectividad.

Ejemplo jurisprudencial. Vale la pena destacar la sentencia T-328 de 2005 donde la Corte Constitucional determinó que cuando la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado archivan una acción de tutela sin pronunciarse de fondo sobre la misma, actúan por fuera del procedimiento establecido dado que ese no es el trámite que debe impartírsele a la acción de tutela incurriendo en una vía de hecho y en consecuencia, se configura el defecto procedimental y más conocido como “choque de trenes” donde estas altas cortes no acogen los pronunciamientos sobre la acción de tutela contra providencias judiciales de la Corte Constitucional bajo el argumento de la seguridad jurídica, la cosa juzgada y la independencia judicial, ya que consideran que una decisión de un juez no puede ser revisada mediante el recurso de constitucionalidad y que ellas son el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria por lo que no comparten que sus decisiones puedan ser revisadas por la Corte Constitucional.

Un ejemplo del exceso ritual manifiesto es el expuesto en la sentencia T-950 de 2011, en la que el señor (...) fue condenado por el delito de estafa siendo capturado y recluido en un centro penitenciario. Días después la denunciante y víctima se presentó a realizar un reconocimiento del condenado que se encontraba privado de su libertad, quien al verlo manifestó que la persona capturada no era la persona que la había estafado, por lo que fue puesto en libertad y pese a lo sucedido continuó con orden de captura vigente siendo capturado nuevamente y colocado en libertad por las mismas razones ya expuestas, lo que motivó al afectado interponer recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia penal condenatoria, el cual fue inadmitido por considerar que el fallo atacado no cumplía con requisito de autenticidad y la constancia de ejecutoria en razón a que esa exigencia es de resorte del secretario del despacho judicial, entre otras razones. Copias que fueron presentadas en copia auténtica expedida por el jefe del archivo, debido a que el juzgado que profirió dicha sentencia había desaparecido y todas las actuaciones que se encontraban terminadas fueron remitidas al archivo central. El afectado accionó en tutela que fue negada por improcedente en primera instancia por las mismas razones expuestas, avocando la Corte conocimiento del recurso de alzada y amparando los derechos al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, argumentando que sí se incurrió en defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, al restarle valor probatorio a las copias auténticas de la sentencia condenatoria, expedidas por el jefe del archivo y la constancia de ejecutoria suscrita por la Secretaria del centro de servicios administrativos, renunciando *“conscientemente a la verdad jurídica objetiva que muestran los hechos y por consiguiente sacrificó la justicia material, la prevalencia del derecho sustancial y el acceso efectivo a la administración de justicia...”*¹⁶

¹⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-386 de 2010. Op. Cit.

¹⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-950 de 2011, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, diciembre 15 de 2011.

2.3 Defecto fáctico.

Se presenta el defecto fáctico cuando “*el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado.*”¹⁷. Puntualiza además, que si bien el juez cuenta con un amplio margen para valorar la prueba bajo la cual sustenta su decisión y formar libremente su convencimiento “*...inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)*”¹⁸, dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria. La evaluación del acervo probatorio por el juez implica, necesariamente, “*la adopción de criterios **objetivos**, no simplemente supuestos por el juez, **racionales**, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y **rigurosos**, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.*”¹⁹

Así mismo determina que el defecto fáctico ostenta dos dimensiones, posición que es reiterada en la sentencia T-102 de 2006:

Primera, una dimensión negativa u omisiva, que se materializa cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez.

*“En este campo se concluye que se está frente a una dimensión negativa cuando se acepta prueba inconstitucional o cuando se da por probados hechos, sin que exista prueba de los mismos.”*²⁰

Segunda, una dimensión positiva, que se presenta cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes en lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 de la CP) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución.

*“Con fundamento en lo anterior, se esta en presencia de la dimensión positiva del defecto factico por omisión o negación del decreto y la práctica de pruebas determinantes o por la valoración defectuosa del material probatorio.”*²¹

Así mismo, el defecto fáctico puede presentarse por la valoración de prueba ilícita, que es aquella que es obtenida con violación de garantías fundamentales, o por la valoración de prueba ilegal, que es cuando se afecta el sistema de obtención legal del medio de prueba, es decir, vulnera los requisitos legales para la obtención de prueba.

No puede perderse de vista que la Corte ha establecido que el error en la valoración del material probatorio debe ser de tal magnitud que sea “ostensible, flagrante y manifiesto”²².

¹⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-902 de 2005. Op. Cit.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Vías de Hecho: Acción de tutela contra providencias. Cuarta edición. Bogotá D. C.; Grupo Editorial Ibáñez, 2008, p. 83.

²¹ *Ibíd.*

Ejemplo jurisprudencial. De los casos más relevantes que encajan en el defecto fáctico, se encuentra el denominado “*miti y miti*”, contenido en la sentencia SU-159 de 2002, que trata la acción de tutela interpuesta por un ex ministro en contra de la Fiscalía General de la Nación y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por las sentencias que lo condenaron por el delito de celebración indebida de contratos. La investigación penal inició luego de que la Revista Semana publicó un artículo en el que se transcribió una conversación telefónica sostenida entre dos ministros, en la que hablaban de la adjudicación de una emisora, terminando el proceso penal con la acusación por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos y llevado el caso ante la Corte Suprema de Justicia en la que sólo fue condenado uno de ellos, quien accionó en tutela argumentando la existencia de vías de hecho y entre otras el defecto fáctico por la valoración de prueba ilícita contentiva en la grabación obtenida y difundida por la Revista Semana. De la tutela tuvo conocimiento el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca quien negó el amparo solicitado argumentando que se tuvo en cuenta otro material probatorio válido, por lo que la comunicación clandestina no lograba excluir a las otras pruebas y que el Consejo Seccional de la Judicatura como jueces no podían “*enseñarle a la Corte cómo ha debido interpretar el problema, so pena de violar el principio de autonomía judicial*”, impugnando en accionante el fallo de tutela, pasando al Consejo Superior de la Judicatura, entidad que confirmó el fallo.

De la acción de tutela tuvo conocimiento la Sala Plena de la Corte Constitucional formulándose la siguiente pregunta en torno al defecto fáctico: “*¿Violan el derecho al debido proceso una resolución de acusación y una sentencia penal dictadas dentro de un proceso que se inició a partir de una noticia que divulgó una grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas?*”. Si bien concluyó que no porque la grabación no fue el fundamento de la resolución de acusación, ultimó que la grabación era ilícita y en ese orden de ideas no podía ser valorada como prueba ya que es nula de pleno derecho la prueba que es obtenida con violación al debido proceso.

2.4 Defecto sustantivo.

Este defecto era denominado simplemente como defecto sustantivo, pero con la sentencia C-590 de 2005 se amplió a defecto sustantivo, orgánico o procedimental, afirmando la Corte que:

Existe un defecto sustantivo en la decisión judicial cuando la actuación controvertida desconoce una ley adaptable al caso o se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (i) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (ii) es inconstitucional, (iii) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso.” O cuando “se produce (iv) un grave error en la interpretación de la norma, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación contraria a la Constitución.”²³

²² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-102 de 2006, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, febrero 16 de 2006.

²³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-464 de 2011, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, junio 9 de 2011.

Ejemplo jurisprudencial. La sentencia SU-120 de 2003 trata el caso de 3 expedientes que posteriormente la Corte los acumula, de tres trabajadores que interponen acción de tutela en contra de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ante la negativa de conceder la indexación de la primera mesada pensional, quienes habían cumplido el tiempo de servicio pero aún no habían cumplido la edad para pensionarse y que al momento de acceder al derecho a la pensión, la misma, fue reconocida conforme al salario devengado al momento del retiro. Los afectados impetraron acción de tutela aduciendo violación a los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, al trabajo seguridad social y el desconocimiento al precedente judicial, dado que la Corte Suprema de Justicia en otros casos había reconocido la indexación de la primera mesada pensional, amparo que les fue negado a cada uno de los tutelantes en términos generales porque no se vulneraron derechos fundamentales y bajo el argumento de la autonomía judicial. Los expedientes fueron seleccionados por la Corte Constitucional, los acumularon y fueron llevados ante la Sala Plena para unificación amparando los derechos de los accionados bajo el argumento de que se “*desconoce la prevalencia del derecho sustancial, en cuanto no se sujetan a los dictados constitucionales de la igualdad, favorabilidad, y conservación del poder adquisitivo de las pensiones y no se informan en la equidad, además de pasar por alto los principios generales del derecho laboral*”²⁴, haciendo hincapié en el derecho fundamental a la igualdad de trato jurídico, sosteniendo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia debía aplicar a todos los casos la misma interpretación y no adoptar decisiones diferentes a casos iguales.

2.5 Error inducido.

Denominado inicialmente como “*vía de hecho por consecuencia*”²⁵, consistente en “*una violación del debido proceso, no atribuible al funcionario judicial, en la medida en que no lo puede apreciar, como consecuencia de la actuación inconstitucional de otros órganos estatales.*”²⁶. Posteriormente la sentencia C-590 de 2005 lo redefinió como error inducido y dijo que “*se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*”. El error en el que incurre el juez puede provenir de un funcionario judicial, de otro órgano estatal o de un particular.

Ejemplo jurisprudencial. La sentencia T-105 de 2010, trata el caso del señor (...) quien fue vinculado al proceso penal por homicidio y es declarado persona ausente nombrándosele defensor de oficio y al mismo tiempo es privado de su libertad por cuenta de otro despacho judicial. En el proceso que se adelantaba por el delito de homicidio se ordenó oficiar a los Fiscales Especializados a fin de que informaran si por cuenta de esos despachos se encontraba detenido el señor (...), quienes contestaron diciendo que no se encontró ningún registro a nombre del procesado. Finalmente, el juzgado recibió informe de las labores de inteligencia adelantadas para lograr su captura sin arrojar resultados positivos procediendo el juzgado de conocimiento a proferir sentencia condenatoria. Por otra parte y tiempo después, el condenado quien se encontraba privado de la libertad por

²⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-120 de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, febrero 13 de 2003.

²⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-014 de 2001, Magistrado Ponente Martha Victoria Sáchica Méndez. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, enero 17 de 2001.

²⁶ *Ibíd.*

orden de otro despacho judicial como se relacionó anteriormente, solicitó el permiso de 72 horas a que tenía derecho, en cual le fue negado en atención a la condena impuesta por el delito de homicidio, enterándose de la existencia de dicha sentencia condenatoria ejecutoriada para ese momento.

El afectado interpone acción de tutela en contra de aquel despacho judicial ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por violación al derecho fundamental al debido proceso dado que no fue vinculado al proceso aun cuando se encontraba privado de su libertad lo que le impidió ejercer el derecho a la legítima defensa, amparo que le fue negado por la improcedencia de la acción de tutela, pues considera el Tribunal que ésta acción no es el mecanismo para suplir los errores o la falta de diligencia de las partes y que la acción de tutela no se trata de una tercera instancia.

La sentencia fue impugnada y la Corte Suprema de Justicia revocó el fallo de primera instancia y decidió amparar los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa reconociendo que hubo irregularidades en el proceso dado que el juzgado tuvo conocimiento sobre la aprehensión física del peticionario, declarando la nulidad a partir de la notificación. El fallo fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional aduciendo esta corporación que las autoridades indujeron en error al Juez cuando los entes estatales encargados de brindar información sobre el paradero del procesado no arrojaron ningún tipo de información positiva pese a que éste se encontraba privado de su libertad y resuelve confirmar parcialmente la decisión del ad-quem, pero declarando la nulidad desde el momento en que el juzgado avocó el conocimiento del proceso.

2.6 Decisión judicial sin motivación.

Éste defecto fue introducido por primera vez con la sentencia C-949 de 2003. La Corte Constitucional ha dicho que se presenta “*Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos.*”²⁷

Manuel Fernando Quinche Ramírez la cataloga como la causal más importante de todas, pues implica fijar la atención en la consistencia argumental de las sentencias, se trata de un gran avance, que centra la atención en el déficit argumental de las providencias.²⁸

Ejemplo jurisprudencial. La sentencia T-709 de 2010, contiene un típico caso de decisión judicial sin motivación. Trata el caso del señor (...) quien desempeñaba el cargo de juez de la república, a quien se le adelantó proceso disciplinario por no haber aplicado oportunamente la lista para proveer el cargo de secretario y posteriormente fue sancionado por el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca, sentencia confirmada parcialmente por el Consejo Superior de la Judicatura, al imponerle una sanción consistente en la suspensión de 30 días como juez sin que se hubieran tenido en cuenta los argumentos de defensa esgrimidos durante el trámite del proceso disciplinario.

²⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2004, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, marzo 4 de 2004.

²⁸ QUINCHE RAMÍREZ, Op. Cit. p. 117 y 118.

El perjudicado accionó en tutela discutiendo la violación a los derechos fundamentales al debido proceso en consideración a la falta de pronunciamiento de sus manifestaciones entre otros el quebrantamiento al derecho a la igualdad, en tanto que se le impuso una sanción de suspensión de 30 días, mientras que en otros casos similares el Consejo Superior de la Judicatura a través de sus seccionales ha impuesto suspensiones de menos de 22 días y el incumplimiento del término de prescripción, toda vez que desde la ocurrencia de los hechos y la sentencia ya habían transcurrido 5 años, 4 meses y 9 días. De la acción de tutela tuvo conocimiento la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca quien negó el amparo solicitado por considerar que la sentencia cuestionada no violaba derechos fundamentales y es por ello que fue apelada ante la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura quien confirmó en su integridad la decisión adoptada por el ad-quo. Esta decisión fue revisada por la Corte Constitucional quien revocó y concedió el amparo solicitado al debido proceso ordenándole a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolver de fondo el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia adoptada por el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle por considerar que la sentencia cuestionada es una decisión sin motivación toda vez que dejó de pronunciarse sobre la verificación del término de prescripción de la acción disciplinaria y sobre la supuesta violación al derecho a la igualdad por habersele impuesto una sanción más gravosa que las que se han impuesto en casos similares.

2.7 Desconocimiento del precedente.

Dice la Corte Constitucional que se da el desconocimiento al precedente *“por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.”*²⁹, y es así como la Corte determina el alcance obligatorio de sus pronunciamientos judiciales que lo integran entre otros la doctrina constitucional y el precedente constitucional y es a partir de la sentencia C-037 de 1997, que la Corte Constitucional empezó a distinguir entre doctrina constitucional y precedente constitucional, *“cuando se resuelve acciones de tutela e interpreta la constitución en función del caso, la Corte Constitucional hace precedente constitucional y cuando interpreta la Constitución hace doctrina constitucional(...) el precedente judicial es vinculante, por que la Corte Constitucional es el intérprete de la Constitución a la luz de la misma Constitución(...) es causal de tutela además, violar la doctrina de la Corte Constitucional.”*³⁰

Lo anterior, da cuenta del alcance de los pronunciamientos de la Corte Constitucional los cuales son de obligatorio cumplimiento, pues de no hacerlo se estaría incurriendo en una vía de hecho, confirmando su carácter de alto tribunal y de órgano de cierre de la jurisdicción, ratificando el contenido del artículo 243 de la Constitución Política³¹ y estableciendo cómo debe ser el sentido de las decisiones de los jueces, que de ninguna

²⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. Op. Cit.

³⁰ PÉREZ Bernardita. El precedente judicial. Medellín: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Especialización en Derecho Procesal. Agosto 4 de 2012.

³¹ Artículo 243. “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (...)”

manera pueden desconocer lo ya planteado por la Corte y en especial determina cuál debe ser el alcance de los derechos fundamentales y de la Constitución.

Para el efecto, la Corte Constitucional ha planteado cuatro (4) formas en las que puede ser desconocida la jurisprudencia constitucional: “(i) aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad; y (iv) desconociendo el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela”.³²

Ejemplo jurisprudencial. La sentencia T-1092 de 2007, consagra el caso de la señora (...) que fue nombrada en provisionalidad en cargo de secretaria ejecutiva, inscrita en carrera administrativa de la Secretaría de Agricultura de Sincelejo (Sucre) y que mediante decreto no motivado fue declarada insubsistente por el alcalde de Sincelejo. Inconforme con tal decisión demandó en acción de nulidad y restablecimiento del derecho el aludido decreto cuestionando su legalidad por falta de motivación, infracción a la ley y desviación de poder donde el Tribunal Administrativo de Sucre resolvió negar las súplicas de la demanda bajo el argumento de que el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, establecen que en cualquier momento se puede declarar insubsistente un nombramiento en provisionalidad sin requerir motivación la providencia, dado que no puede estar en igual condición el servidor que ingresa sin preceder concurso de méritos y que se somete a las etapas del proceso selectivo, por lo que el retiro de estos empleados puede disponerse mediante acto de insubsistencia que no requiere ser motivado. Posteriormente accionó en tutela en contra del Tribunal Administrativo de Sucre por considerar que se configuraba una vía de hecho, por cuanto inaplicó injustificadamente la jurisprudencia constitucional. Los jueces de tutela de ambas instancias, declararon improcedente la tutela por no proceder la acción de tutela contra providencias judiciales, lo que luego fueron seleccionados por la Corte Constitucional para su revisión y en el mismo declaró la violación a los derechos fundamentales de acceso a la justicia y debido proceso entre otros, debido a que se desconoció el precedente judicial sentados en numerosos y concordantes fallos de tutela en materia de violación de derechos fundamentales al acceso a la justicia, al debido proceso, estabilidad laboral e igualdad, por ausencia de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se desvinculan funcionarios nombrados en provisionalidad de cargos de carrera.

2.8 La violación directa de la constitución.

*“Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.”*³³

Podría pensarse que es redundante la creación de esta causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, dado que las siete (7) causales anteriores se

³² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1092 de 2007, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, diciembre 14 de 2007.

³³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. Op. Cit.

sucedan como consecuencia de la violación de la Constitución. Sin embargo está causal va más allá de las causales ya expuestas, en tanto que le da un alcance mas amplio a la excepción de inconstitucionalidad, pues la inaplicación por parte del juez de esta forma de control constitucional se constituye en una vía de hecho. Así mismo, puede entenderse que cualquier otra forma de violación de derechos fundamentales que no se adecue en ninguna de las causales anteriormente descritas, podrán incluirse dentro de ésta causal.

Ejemplo jurisprudencial. Un típico ejemplo de esta causal, es como ya se dijo la excepción de inconstitucionalidad, donde el juez tiene dos (2) soluciones diferentes para aplicar al caso, una de ellas determinada por la ley y la otra, ofrecida por la Constitución. Para el efecto, el juez deberá inaplicar la ley y aplicar directamente la Constitución.

Es así como lo hizo la Corte Constitucional en el auto N° 071 del 27 de febrero de 2001, donde dispuso la inaplicación del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000³⁴ “por ser manifiestamente contrario a la Constitución”³⁵ y aplicar directamente el artículo 86 de la Constitución. El aludido auto trata el caso de un conflicto de competencias, donde la señora (...) interpone una acción de tutela en contra de Crearsalud Ltda. ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima por considerar vulnerado su derecho al mínimo vital por no pago de sus salarios y prestaciones sociales. El mencionado Tribunal se declaró incompetente y remitió la tutela al juez municipal competente, quien también se declaró incompetente y lo devolvió nuevamente al Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima desencadenando un conflicto de competencias en el que el Consejo Superior de la Judicatura se inhibió de solucionar el conflicto y lo remitió a la Corte Constitucional quien decidió darle aplicación al artículo 86 de la Constitución Nacional “*según el cual las acciones de tutela pueden ser presentadas en todo momento y lugar. Ello significa que los jueces ante los cuales se presenten acciones de tutela no pueden remitir el expediente a otro despacho invocando el Decreto 1382 de 2000. Hacerlo significaría desconocer el principio de supremacía constitucional (artículo 4 de la CP).*”³⁶

3. Corte Constitucional vs Altas Cortes.

De los ejemplos anteriormente anotados, se evidencia la confrontación que ha existido entre la Corte Constitucional y las altas cortes, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Dicha discordia es justificada por las altas cortes en la medida de que la acción de tutela contra providencias judiciales no procede en ejercicio del principio de la cosa juzgada, la seguridad jurídica y la independencia judicial. Por el contrario, la Corte Constitucional, afirma que las decisiones judiciales si son susceptibles de ser revisadas mediante acción de tutela cuando estas vulneran derechos fundamentales y la Constitución, pues nada genera más inseguridad jurídica que la ineffectividad de los derechos fundamentales pues el juez no puede interpretar a su arbitrio la Constitución y desencadenar en el desconocimiento de la Carta Magna y es precisamente lo que se pretende evitar con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

³⁴ “Por el cual se establecen las reglas de reparto de la acción de tutela.”

³⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Auto 071 de febrero de 2001, Magistrado Sustanciador Manuel José Cepeda Espinosa: Gaceta de la Corte Constitucional, junio 8 de 2005.

³⁶ *Ibíd.*

Respecto de la independencia judicial, existe la misma, pero con limitante del respeto por los derechos fundamentales.

Pese los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional donde de manera reiterativa ha determinado los casos en que procede la acción de tutela contra providencias judiciales, las altas cortes han sido reacias a aplicar dicho mandato. Es por ello, y con la sentencia T-441 de 2003 se redefinió el concepto de vía de hecho por “causales genéricas de procedibilidad”, ya que el concepto de vía de hecho era fuerte, pues daba a entender que los jueces estaban cometiendo un delito, que actuaban al margen de la ley y de la Constitución. Posteriormente, la Corte Constitucional con la sentencia C-590 de 2005 procura que se limen asperezas con las otras altas cortes, estableciendo ocho casos (8) de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, determina el alcance del recurso extraordinario de casación argumentando que éste procede cuando existe violación a la ley a contrario sensu la acción de tutela cuando se viola la constitución y haciendo hincapié en que el juez constitucional no puede de ninguna manera por vía de tutela desplazar al juez ordinario, ni suplantar al juez ordinario, esto es, entrar a definir la cuestión litigiosa, lo que si puede hacer es vigilar la aplicación y el respeto de los derechos fundamentales, en especial, el derecho al debido proceso y de acceso a la justicia. *“En otras palabras, se trata de una garantía excepcional, subsidiaria y autónoma para asegurar, cuando todos los recursos anteriores han fallado, que a las personas sometidas a un proceso judicial no les violen sus derechos constitucionales fundamentales...”*³⁷

4. ¿Qué significa debido proceso para la Corte Constitucional en sede tutela contra providencias judiciales?

La acción de tutela contra providencias judiciales procede en el evento de que se viole el debido proceso de otro proceso judicial, y que como consecuencia de ello se produce una nulidad que será declarada por el juez de constitucionalidad. Pero es necesario determinar si dicha nulidad se declara por la existencia de un vicio meramente procesal o si además de ello, se declara también cuando se está en presencia de un vicio que afecta el derecho sustancial.

Iñaki Esparza Leibar³⁸, considera que en los Estados Unidos el *“Due Process of law”* o el proceso debido incluye dos garantías diferentes: el *“Due Process procesal”* y el *“Due Process Sustantivo”*. Sobre el *“Due Process Procesal”* indica que ningún órgano puede privar a un sujeto de sus derechos tales como la vida, la libertad y la propiedad, excepto a través de procesos ajustados a la Constitución, y respecto del *“Due Process Sustantivo”* sostiene que las autoridades no pueden limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos derechos fundamentales, como aquellos contenidos en la Constitución, sin tener en cuenta un motivo que así lo justifique, diciendo además, de que se trata de una actuación de autocontrol constitucional y establece una serie de garantías o derechos fundamentales en los que opera el debido proceso, tales como el derecho a un proceso rápido, derecho a un proceso público, derecho a un juez natural, derecho a ser informado de la naturaleza y

³⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. Op. Cit.

³⁸ ESPARZA LEIBAR, Iñaki. El principio del debido proceso. Tesis doctoral. Área de Derecho Procesal, U. P. de Derecho Público, Universitat Jaume I de Castellón. España, 1994, p. 91 - 92

causa de la acusación formulada, derecho al contradictorio, derecho a la asistencia técnica entre otros.

Algo muy similar es lo que ocurre con la Corte Constitucional Colombiana, pues ha ido teniendo una tendencia a que el debido proceso no sólo abarca aquellos principios procesales que garantizan el desarrollo de un procedimiento justo y en igualdad de condiciones para las partes, los cuales no trascienden más allá de la esfera procesal, sino que propende por la protección de derechos fundamentales, y ello, se vio reflejado con la sentencia C-590 de 2005, en la que la Corte amplió las cuatro causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales a ocho causales, que buscan amparar derechos fundamentales y la garantía del derecho sustancial al fijar la causal del error inducido, la decisión sin motivación, el desconocimiento del precedente y la violación directa de la Constitución.

Es claro, que con estas causales lo que se procura es el amparo de derechos fundamentales, al señalar que no se puede desconocer derechos sin que exista previamente una motivación que así lo justifique, al igual que no se puede privar a las personas de sus derechos aunque la consecuencia de ello sea el error inducido al juez ordinario por factores externos a él. Además, y pese a que la Corte en varios de sus pronunciamientos a determinado que el juez de constitucionalidad en sede de tutela contra providencias judiciales no puede invadir la esfera que le corresponde al juez ordinario, es claro que con estas otras causales al declarar la nulidad le está indicando al juez ordinario como debe ser su pronunciamiento, máxime cuando es la misma Corte, quien le está exponiendo que no puede desconocer el precedente judicial. O sea, que no puede actuar de manera contraria a lo preceptuado por la Corte, quien previamente fijó el alcance de los derechos fundamentales, y por otro lado, que no puede ir en contravía de la Constitución, es decir, no puede desconocer las garantías fundamentales establecidas allí, pues de lo contrario se estaría vulnerando el debido proceso.

Obsérvese, que las causales de nulidad establecidas en artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y las consagradas en el artículo 133 del Código General del Proceso, son sustancialmente diferentes a las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales las que igualmente terminan declarando también una nulidad, y ello se debe a que las nulidades tradicionales del Código de Procedimiento Civil son meramente procesales, a contrario sensu, las nulidades que se declaran por vía de tutela no son sólo por violación del procedimiento, sino además por vulneración de derechos fundamentales, que trascienden a la esfera de lo sustancial.

Lo anterior, da cuenta lo difícil que resulta definir qué es el debido proceso dado lo complejo de este derecho “*si se tiene en cuenta lo problemático que es delimitar los principios y garantías que lo integran, lo que ha llevado a la vaguedad y equivocidad.*”³⁹, pero lo que si queda claro, es que el debido proceso no sólo sitúa a las partes en una situación de igualdad procesal sino que también, protege todos aquellos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Pero pese a ello podría afirmarse que el debido proceso es simplemente tutela judicial efectiva.

³⁹ AGUDELO RAMÍREZ, Martín. El debido proceso. En: Opinión Jurídica. Medellín. N° 07. (ene.-jun. 2005). p. 91.

De otro lado, de la jurisprudencia antes descrita, se puede advertir como el concepto del debido proceso no solo comprende el juez competente y las formas procesales; su alcance se extiende a los juicios de fondo sobre la interpretación normativa o constitucional y la valoración de la prueba. Esto se puede verificar en algunas de las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales donde la Corte Constitucional le indica al juez ordinario cual debe ser el sentido de sus decisiones, en especial en la causal del desconocimiento del precedente judicial y la violación directa de la constitución, de donde el alto tribunal de antemano le advierte al juez ordinario que su decisión de fondo no puede ser contraria a sus decisiones judiciales. Igual sucede con el defecto fáctico, donde el juez de constitucionalidad tiene el alcance de intervenir en la valoración que hace el juez ordinario de las pruebas allegadas al proceso y emitir juicios de fondo sobre tal valoración.

En el sentido clásico, el debido proceso sólo comprendía juicios de validez de los actos procesales y no juicios de validez de lo razonable o racional sobre la valoración de la prueba o de la interpretación del derecho, es decir, el debido proceso desde una teoría clásica nunca abarcó la esfera de lo sustancial, y por ende estos asuntos no integraban el debido proceso.

Así mismo, clásicamente las nulidades procesales han sido el remedio procesal para las fallas del procedimiento, es decir, por el desconocimiento de los principios que tradicionalmente integran el debido proceso, tales como la legalidad del juez y la legalidad de las formas procesales, y no era concebido como el remedio procesal de aquellas fallas relacionadas con las decisiones de fondo sobre la valoración de la prueba o de la interpretación del derecho, esto es, frente a la vulneración al silogismo judicial o a la interpretación del derecho sustancial aplicable al caso, la solución clásica era los recursos de ley y no las nulidades procesales. No obstante, con la acción de tutela contra providencias judiciales las nulidades procesales no solo anulan lo formal sino también las decisiones de fondo tomadas por el juez ordinario en cuanto a la interpretación del derecho o la valoración probatoria, y ello se debe, a que el debido proceso actualmente abarca cada vez más otras esferas que no se limitan simplemente a lo procesal sino que integra asuntos del derecho sustancial.

Por ejemplo, cuando se trata de las nulidades procesales por la falta de competencia y por la violación de las formas procesales el remedio procesal tradicional es el recurso de apelación o en su defecto, el recurso extraordinario de casación, ya que se adecua a la causal quinta del artículo 368 del C.P.C.⁴⁰. Con la vigencia del C.G.P. igualmente hay lugar a la nulidad por falta de jurisdicción o de competencia únicamente cuando el juez actúe luego de declararla⁴¹ y solo por los factores subjetivo o funcional, caso en el que procede el recurso de apelación. Respecto de los demás factores, la competencia es prorrogable cuando no se reclame en tiempo⁴². Así mismo, también es susceptible del

⁴⁰ 5. Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que se hubiere saneado.

⁴¹ Código General del Proceso. Artículo 133, numeral 1.

⁴² Ibíd. Artículo 16, inciso 2.

recurso de casación la nulidad que se produce por la violación de las formas procesales, en virtud de la causal quinta del artículo 336 del C.G.P.⁴³.

En el caso del defecto que surge de la valoración probatoria que realiza el juez para proferir su decisión de mérito fondo, se resuelve por medio del recurso de apelación en contra de la sentencia y el recurso extraordinario de casación, causal primera del artículo 368 del C.P.C.⁴⁴. Igualmente en el C.G.P. puede resolverse con el recurso de apelación o el recurso extraordinario de casación contenido en el artículo 336, numeral segundo⁴⁵.

Del mismo, ante el uso por parte del juez de una norma inaplicable al caso concreto la solución habitual es el recurso de apelación en contra de la actuación que puso fin al proceso o por medio de la causal primera del recurso extraordinario de casación. En vigencia del C.G.P. se puede interponer además del recurso de apelación, la causal primera y segunda⁴⁶ del recurso extraordinario de casación.

Respecto del error inducido, el procedimiento frecuente es mediante el recurso de apelación en contra del fallo o por medio de la acción extraordinaria de revisión pues encaja en la causal segunda, tercera y cuarta del artículo 380 del citado código⁴⁷. Así mismo, en el C.G.P. se resuelve a través de la apelación y la acción de revisión contenida en el artículo 355, causal segunda, tercera y cuarta⁴⁸.

Finalmente, los defectos de la decisión judicial sin motivación, el desconocimiento del precedente judicial y la violación directa de la Constitución, la solución procesal cotidiana es por medio del recurso de apelación en contra de la sentencia que resuelve de fondo la controversia, y excepcionalmente procede el recurso de casación, pues se adecua a la causal primera del artículo 368 del C.P.C. Con el C.G.P. procede además de la apelación en contra de la sentencia, la casación fundamentada en la causal primera.

Lo anterior, da cuenta como los mecanismos convencionales para tramitar las nulidades que se presentan en el curso del proceso son los recursos de ley, tales como la apelación, la

⁴³ 5. Haberse dictado sentencia en un juicio viciado de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados.

⁴⁴ 1. Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial.

La violación de la norma de derecho sustancial, puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria (...).

⁴⁵ 2. La violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de error de derecho derivado del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la demanda, de su contestación, o de una determinada prueba.

⁴⁶ “1. La violación directa de una norma jurídica sustancial.”

⁴⁷ “2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia.

3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.

4. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.”

⁴⁸ “2. Haberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas.

4. Haberse fundado la sentencia en dictamen de perito condenado penalmente por ilícitos cometidos en la producción de dicha prueba.”

casación y además, la acción de revisión, y no la acción de tutela. Equiparándose en este sentido el recurso de amparo como un recurso más, pues ante la no prosperidad de los recursos de ley y de adecuarse el caso a uno de los defectos determinados por la Corte Constitucional, se procede a interponer la acción de tutela contra la decisión judicial, es decir, se interpone el mecanismo constitucional ante el fracaso de los mecanismos ordinarios, siendo competente para conocer de esta acción constitucional los mismos jueces ordinarios, pero haciendo las veces de juez constitucional.

La razón de ser de la acción de tutela contra providencias judiciales la justifica la Corte Constitucional en la medida de que el juez constitucional le asiste la obligación de amparar los derechos fundamentales, para el caso, el debido proceso y el acceso a la justicia, y en este orden de ideas, procura por que todos los jueces de la república profieran iguales decisiones judiciales, conforme a los parámetros establecidos por éste alto tribunal en procura de la seguridad jurídica y de la supremacía de la Constitución.

Sin embargo, no es coherente, que se deba hacer uso del recurso constitucional para la protección del derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la justicia, cuando los jueces como garantes de la Constitución y la ley están en la obligación desde un principio, es decir, desde el momento en que aborda el conocimiento de un proceso, al reconocimiento en todo momento de los derechos fundamentales. Sin embargo, la acción de tutela es razonable desde el punto de vista que corrige aquellos errores en que incurre el juez ordinario en detrimento de los derechos inherentes a la persona.

Conclusiones.

- Existen casos excepcionales en los que procede la acción de tutela contra providencias judiciales y es la Corte Constitucional quien ha determinado aquellos casos en que prospera el recurso de amparo.
- No ha sido unánime la discusión entre las altas cortes sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales en razón a la cosa juzgada, la independencia judicial y la seguridad jurídica.
- Es difícil definir puntualmente el concepto del debido proceso, ya que cada vez lo integran más principios no sólo de índole procesal, sino que la tendencia es que abarque la esfera de lo sustancial y es por ello que la violación al debido proceso se sucede además, cuando se desconocen derechos constitucionales que en nada tocan la competencia o con las formas del procedimiento, sino que trascienden a la esfera de lo sustancial.
- Se advierte, que el juez de constitucionalidad cuando declara una nulidad procesal por violación al debido proceso, dicha nulidad trasciende a la decisión de fondo adoptada por el juez ordinario, y en este caso, le indica al juez como debe ser el sentido de sus fallos, los cuales deben ser acordes a la doctrina y al precedente constitucional so pena de que sus actuaciones sean adversas a la Constitución.
- Tradicionalmente, los remedios procesales a las nulidades en el procedimiento son los recursos de apelación y excepcionalmente el recurso extraordinario de casación y la acción de revisión, pero actualmente los mismos pueden ser atacados mediante la acción de tutela en los casos excepcionales predeterminados por la Corte Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA.

Agudelo Ramirez, Martín. El Debido Proceso. En: Opinión Jurídica. Medellín. N° 07. (Ene.-jun- 2005). p. 89-105.

Book Legis. Introducción al proceso cautelar (en línea). Disponible en: <http://booklegis.blogspot.com/2011/08/introduccion-al-proceso-cautelar.html> (consulta agosto 23 de 2012).

Esparza Leibar, Iñaki. El principio del debido proceso. España, 1994, 338 páginas. Tesis doctoral. U. P. de Derecho Público, Universitat Jaume I de Castellón. Área de Derecho Procesal.

Gómez García, Carlos Fernando. Las vías de hecho como generadoras del choque de trenes en la jurisprudencia constitucional. En: Criterio Jurídico. Santiago de Cali. N° 2. (Jul.-dic. 2009). p. 35-61.

Pérez, Bernardita. El precedente judicial. Medellín: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Especialización en Derecho Procesal. Agosto 4 de 2012.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando. Vías de Hecho: Acción de tutela contra providencias. Cuarta edición. Bogotá D. C.; Grupo Editorial Ibáñez, 2008, 310 p.

Constitución Política de Colombia de 1991.

República de Colombia. Presidencia de la República. Decretos 1400 y 2019 de 1970: Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil.

República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1564 de 2012: Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

República de Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2195 de 1991.

_____. Decreto 1382 de 2000.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-006 de 1992. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, mayo 12 de 1992.

_____. Sentencia C-543 de 1992. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, octubre 1 de 1992.

_____. Sentencia SU-014 de 2001. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, enero 17 de 2001.

_____. Auto 071 de febrero 27 de 2001.

_____. Sentencia SU-1184 de 2001. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, noviembre 13 de 2001.

_____. Sentencia SU-159 de 2002. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, marzo 6 de 2002.

_____. Sentencia SU-120 de 2003. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, febrero 13 de 2003.

_____. Sentencia T-441 de 2003. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, mayo 29 de 2003.

_____. Sentencia T-949 de 2003. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, octubre 16 de 2003.

_____. Sentencia T-200 de 2004, Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, marzo 4 de 2004.

_____. Sentencia T-328 de 2005. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, abril 4 de 2005.

_____. Sentencia C-590 de 2005. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, junio 8 de 2005.

_____. Sentencia T-902 de 2005. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, septiembre 1 de 2005.

_____. Sentencia T-102 de 2006, Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, febrero 16 de 2006.

_____. Sentencia C-1092 de 2007, Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, diciembre 14 de 2007.

_____. Sentencia T-105 de 2010, Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, febrero 16 de 2010.

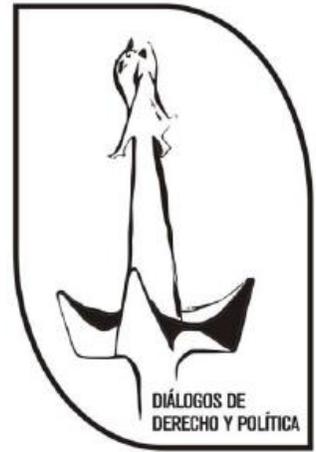
_____. Sentencia T-386 de 2010, Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, mayo 21 de 2010.

_____. Sentencia T-709 de 2010, Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, septiembre 8 de 2010.

_____. Sentencia T-464 de 2011, Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, junio 9 de 2011.

_____. Sentencia T-950 de 2011, Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional, diciembre 15 de 2011.

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia - Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Sentencia de marzo 1 de 2011, expediente 1100101020002010247201, Magistrada Ponente María Mercedes López Mora.



La intermediación procesal. Análisis sobre su consagración legal en el Código General del Proceso.

Óscar Mauricio Muñoz Correa

Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia.
Actualmente cursa una especialización en derecho procesal penal en esa misma institución.
Secretario de Despacho.

Resumen.

Este artículo pretende explorar el alcance que tiene la inmediación procesal en el Código General del Proceso. El motivo se debe, en principio, al fortalecimiento que ésta ha recibido como regla a partir del sistema de la oralidad que se ha venido implementando hace algunos años en Colombia cuyas dificultades teórico-funcionales ya se han empezado a sentir. Como la instauración de la oralidad tiene efectos directos y definitivos en lo que respecta a la inmediación y contradicción de la prueba, las consecuencias de su consagración expresa motivan su estudio desde su naturaleza jurídica, tratamiento legal u otros. Claramente la importancia que se le viene dando a la inmediación procesal se debe a la exigencia de su aplicación en la segunda instancia en tanto ello advierte de una relación correcta con la impartición de justicia. El objeto aquí será examinar su trascendencia.

Palabras clave: Inmediación procesal, oralidad, prueba, segunda instancia.

La intermediación procesal. Análisis sobre su consagración legal en el Código General del Proceso.

Introducción.

La preferencia que hace el sistema procesal colombiano en Ley 1395 de 2010 por la oralidad en el proceso civil ha representado una significativa reconceptualización de la función de administración de justicia, pero extrañamente no puede decirse lo mismo de los criterios que informan la intermediación procesal como una regla vinculada de manera sustancial a la oralidad. Es sabido que el procedimiento civil había sido arquetípicamente escrito, incluso respecto de procesos que formalmente habían sido denominados por décadas como «verbales». Eso significa que aun cuando la reforma se propuso que la audiencia fuese el escenario preferente de desarrollo del proceso, sus alcances, no obstante, fueron limitados. En avenencia a la mencionada reconceptualización, señaló la Corte Constitucional, siguiendo a Chiovenda, que el proceso oral garantiza la bondad intrínseca de la justicia porque la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente. Es decir, que la instauración de la oralidad es «un escenario de satisfacción de derechos constitucionales. Ello en el entendido que la audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. “Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-124 (2011). M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. En ésta sentencia se advierte que dichas garantías refieren a la intermediación, la concentración y la publicidad”.

Lo anterior, evidencia, que la inclinación de la actividad procesal acogió el sistema de la oralidad de manera progresiva y no inmediata. Como cabe anotar primeramente se implementó en los asuntos penales (Ley 906 de 2004) seguido de los laborales (Ley 1149 de 2007), presentándose reformas en materia civil (Ley 1395 de 2010), pero sólo se dio un paso definitivo con el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios en conjunto. En ese sentido puede decirse que la Ley mencionada es una respuesta a la Ley 1395 de 2010 y a la Ley 1285 de 2009, modificatoria de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en la que el legislador manifestó sus intenciones de implementar la oralidad como mecanismo idóneo para simplificar los procesos, descongestionar el sistema de administración de justicia, unificar los procedimientos judiciales y tener en cuenta los avances tecnológicos. El propósito de la Ley mencionada ha sido, sin duda, establecer un proceso verbal en el que las actuaciones correspondientes se desarrollen en audiencias con plena aplicación de la intermediación, la concentración y la publicidad.

Aludiendo particularmente a la intermediación como garantía inseparable de la oralidad (Herrera Abián, 2006), puede advertirse que la temática no estuvo claramente informada. En ese sentido, este artículo se propone reflexionar sobre la intermediación procesal a partir del Código General del Proceso. Su finalidad no consiste en examinar todos los aspectos de la innovación que hizo dicha Ley sobre el Código de Procedimiento Civil, sino apenas contemplar la revisión que produjo en la intermediación procesal, que por diversa índole, estaban desactualizados o desajustados. Su análisis concentra, por tanto, en las instituciones

procesales en las que la inmediación se asienta (pruebas, excepciones, instancias del proceso, entre otros).

La inmediación como garantía jurisdiccional tiene como características fundamentales, la presencia de los sujetos y personas procesales ante el juez; la falta de un intermediario judicial entre las cosas y personas del proceso y el juez; la identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia.

Este artículo estará conformado por dos capítulos. El primero, concierne a la naturaleza jurídica de la inmediación procesal dadas las dificultades para determinar sus alcances conceptuales. Como podrá verse es un importante camino a recorrer en tanto allí se enmarca la justicia procesal colombiana dentro del sistema de la oralidad que desde hace varias décadas ha venido exigiendo la modernización del proceso. El segundo capítulo, se concentra en el análisis de la inmediación procesal desde las instituciones procesales en las que se afirma. El resultado, como podrá advertirse, informará de los ajustes que es preciso hacer, las dudas que genera en algunos medios probatorios, la debilidad con la que todavía se presenta en las instancias del proceso civil y la forma como ha sido desvirtuada, entre otros, resaltando así el protagonismo que tiene en el sistema procesal de la oralidad.

1. Naturaleza jurídica de la inmediación procesal.

La inmediación procesal ha adquirido una marcada importancia en la actividad procesal a partir de la implementación del sistema de la oralidad. Sin embargo, para evaluar los alcances que tiene es preciso examinar su naturaleza jurídica debido a que sobre ella no hay un acuerdo establecido.

Las razones que inducen aquí a cambiar el término de «principio procesal» o de regla técnica procesal, no son meramente terminológicas sino que corresponden a las consecuencias a las que da lugar. Por tanto, esta primera parte procurará demostrar que la inmediación no resiste el análisis como principio por ser una exigencia del procedimiento dirigida al juez y a las partes cuya inobservancia da lugar a sanción de nulidad de lo actuado, de ahí que estará dividida según se considera conveniente para analizar su naturaleza jurídica.

1.1 La inmediación procesal como principio. Un replanteamiento conceptual.

La generalidad de la doctrina procesalista ha considerado la inmediación como un principio asociado generalmente a la oralidad (Carnelutti, 1944; Couture, 1951; Devis, 1988; Eisner, 1963; Goldschmidt, 1936; Kisch, 1932; Schönke, 1950). Esta apreciación ha servido de respaldo para que tribunales, legisladores y juristas acojan, de manera acrítica, este tipo de denominación sin importar el alcance conceptual que ello sugiere. En este punto se aludirá no sólo a la doctrina, sino también a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, quien para delimitar su alcance conceptual, ha señalado repetidas veces que la inmediación, como principio procesal, es un escenario de satisfacción de derechos constitucionales, es decir, es una garantía que crea las condiciones para decisiones judiciales no solamente prontas sino

también respetuosas del debido proceso y del derecho de defensa “Corte Constitucional. Sentencia C-543 (2011)”.

Ahora bien, hay que empezar señalando qué entiende la jurisdicción constitucional por principios. Para ella son «aquellos que consagran prescripciones generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida, y por consiguiente, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata tanto para el legislador como para el juez» “ Corte Constitucional. Sentencia T-406 (1992). Luego de este pronunciamiento, recientemente la Corte profirió una sentencia con el propósito de realizar la revisión previa del proyecto de Ley Estatutaria 023/06 Senado y 286/07 Cámara «por medio del cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia». En esta ocasión expresó:

«La Corte llama la atención en el sentido de que la oralidad, la inmediación y la concentración en la administración de justicia se conciben como una norma que tiene la estructura de principio. En este sentido cabe recordar que de tiempo atrás la teoría del derecho ha establecido la distinción conceptual entre reglas y principios, para advertir que si bien ambas constituyen normas jurídicas, su grado de vinculación y eficacia varía en uno y otro caso» (Subrayado al margen del texto original) “Corte Constitucional. Sentencia C-713 (2008)”.

Claramente la Corte es consciente de la diferencia que hay entre la naturaleza de los principios cuyo carácter normativo vinculante se diferencia de otro tipo de normas como las reglas. Ahora bien, ¿cómo diferencia la Corte el grado de vinculación y eficacia entre reglas y principios? En la sentencia citada, se lee lo siguiente:

«Así, mientras las reglas son normas que ordenan una consecuencia jurídica definitiva, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas» “Corte Constitucional. Sentencias C-713/2008 y C-818/2005. En el mismo sentido pueden verse las Sentencias T-406/1992, [C-574/1992](#), [C-027/1993](#), [C-276/1993](#), [C-1287/2001](#), [SU-1122/2001](#), [C-1041/2007](#), entre muchas otras”.

La principal diferencia entre ambos tipos de normas radica, por tanto, en la especificidad de sus órdenes o preceptos. Así, mientras los principios son típicas normas de organización que unifican o estructuran cada una de las instituciones jurídicas que dan fundamento o valor al derecho a través de la condensación de valores éticos y de justicia; las reglas son normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se producen. Por consiguiente, mientras las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios trascienden la conducta prevista como precepto jurídico, para darle valor y sentido a muchos de ellos a través de la unificación de los distintos pilares que soportan una institución jurídica.

No hay duda en que la Corte Constitucional aun cuando predique en múltiples sentencias la tesis aludida, comete la imprudencia teórico-conceptual de expresar en la misma sentencia, que reitera una extensa línea jurisprudencial, que la inmediación «se concibe como una norma que tiene la estructura de principio». Vale la pena clarificar en qué consiste dicha

inconsistencia analizando el artículo 107 del Código General del Proceso en el que se traza los lineamientos de la intermediación como regla. Dice la mencionada Ley:

«Las audiencias y diligencias se sujetarán a las siguientes reglas:

1. Toda audiencia será presidida por el juez y, en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso. La ausencia del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación».

Como se sabe, las reglas en tanto normas jurídicas que se caracterizan por estar integradas de un supuesto de hecho y una sanción claramente diferenciada, se caracterizan por tener una estructura determinada. A propósito dice Kelsen:

[...] condicional hipotética: Si A, entonces debe ser B, donde A es el supuesto de hecho de la norma y B la consecuencia jurídica, y lo que la norma prevé es que, en caso de que en la realidad ocurriese el supuesto de hecho A de la norma, entonces el juez debería imputar la sanción B al agente que hubiese cometido la acción prevista en el supuesto de hecho» (Kelsen, 1994).

En el ejemplo propuesto, se puede evidenciar fácilmente la estructura jurídica del art. 107 del Código General del Proceso: *Sí* las audiencias no son precedidas por el juez y, en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso *entonces debe ser que* dicha actuación adolezca de nulidad. En efecto, los principios son normas, «pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados» (Bernal, 2007). Más bien, como ya se aludió, al trascender la conducta determinada son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por tanto, las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios trascienden la mera descripción de una conducta prevista en un precepto jurídico.

Delimitando aún más el alcance del concepto, puede decirse, siguiendo a Fernando Ramírez, que los principios son «las normas encargadas de sentar las bases o fundamentos de la administración de justicia. Postulados político-jurídicos con un contenido axiológico que implican definición por una categoría ordenadora de la función judicial y del proceso como instrumento para el ejercicio tal función. En otras palabras, determinan ellos las políticas orientadoras del derecho procesal, tanto como directrices legislativas, como postulados para el conocimiento y decisión de los procesos judiciales» (Ramírez, 1999).

Claramente la norma transcrita del Código General del Proceso refleja el carácter hipotético de la intermediación procesal como regla. De este modo, se evidencia entonces la imprecisión en la que incurre el Tribunal constitucional al denominar como principio una institución de derecho procesal que no armoniza con la naturaleza jurídica de este tipo de normas. La intermediación por tanto, no es un principio sino que como norma hipotética es una exigencia dirigida al juez cuya sanción es la nulidad de lo actuado.

1.2 La intermediación como Regla Técnica Procesal.

Claramente en el Código General del Proceso la naturaleza jurídica de la intermediación corresponde a una regla en el sentido que se limita a exigir un comportamiento concreto y determinado. Sin embargo, la expresión regla ha sido objeto de confusión por parte de ciertos sectores de la doctrina (Díaz, 1972; López, 2005; Quintero, Prieto, 2000).

Delimitando aún más el alcance del concepto, puede decirse, siguiendo a Fernando Ramírez, que los principios son «las normas encargadas de sentar las bases o fundamentos de la administración de justicia. Postulados político-jurídicos con un contenido axiológico que implican definición por una categoría ordenadora de la función judicial y del proceso como instrumento para el ejercicio tal función. En otras palabras, determinan ellos las políticas orientadoras del derecho procesal, tanto como directrices legislativas, como postulados para el conocimiento y decisión de los procesos judiciales» (Ramírez, 1999).

Aquí se expondrá primeramente la concepción de la intermediación como regla técnica que plantea López Blanco; una vez esbozado esto, se procederá a señalar sus dificultades según la línea seguida aquí para diferenciar la intermediación según la regla hipotética como estructura de la normaya indicada.

En efecto, para evaluar el alcance conceptual de la intermediación procesal en el sistema procesal de la oralidad, López Blanco inició, al igual que la Corte Constitucional, de la diferencia entre principios y reglas pero con un contenido claramente distinto. Dice López Blanco: «los principios informadores del procedimiento, como todo principio, son absolutos, es decir no admiten contrarios, son permanentes y por ende inmodificables mientras se les tenga como tales» (2005, pág., 84). El autor ciertamente reserva el calificativo de principios a instituciones sustanciales como la contradicción, la economía procesal o celeridad, la imparcialidad del juez, la igualdad, debido a que lo demás para él son reglas técnicas del procedimiento, llámese mediación, intermediación, escritura, oralidad, única o dos instancias, publicidad, conciliación. Lo anterior significa que sí la intermediación fuese un principio, la consecuencia inmediata para López Blanco sería tratar a toda costa de propender para su realización en su desarrollo y aplicación así se convirtiera un factor determinante para el retraso en las actuaciones judiciales.

La alusión de López Blanco «como todo principio», se hace merecedora claramente de objeciones debido a que efectivamente en otros ordenamientos jurídicos los principios admiten contrarios y por tanto ponderables. Esta discusión, de si todos los principios son o no ponderables no es objeto de reflexión de este artículo, por eso, en éste se alude únicamente a los principios informadores del procedimiento, y no a otros, debido a que las garantías procesales (la contradicción, la imparcialidad del juez, la igualdad u otros) claramente no son ponderables, es decir, no se discute si en un proceso se debe o no garantizar el debido proceso, el derecho que tienen las partes a la contradicción, si el juez puede tener interés o no en el proceso, entre otros, porque claramente los principios no se someten a los sistemas.

La regla técnica para él simplemente indica que puede tener mayor preponderancia que otra, de modo que sería inútil pretender implantar una regla pura, ya sea la oralidad o la

escritura para guiar un sistema procesal. La diferencia de la regla propuesta por López Blanco se caracteriza, en efecto, por la posibilidad de su contradicción en lo relativo a su regla contraria, piénsese en la mediación-inmediación, en la oralidad-escritura, pero dicha contradicción no implica su exclusión debido a la disfuncionalidad a la que conduciría un sistema procesal puro o inclinado solamente a la oralidad o a lo escrito (López, 2005). Así, la consecuencia inmediata de tratarla como principio y no como regla técnica sería, según lo dispuesto por López Blanco, que excluiría a los demás, es decir, si la inmediación indica la comunicación directa entre el juez y la producción de la prueba, el juez que no la practicara personalmente porque no lo pudiese hacer por razón del territorio, no podría comisionar tanto su exigencia no tuviese esa excepción. En ese sentido, la realidad geográfica le había impuesto al Código de Procedimiento Civil en art. 181 la necesidad de establecer la inmediación como «regla técnica» que otorga la posibilidad al juez cuando su deber fuera practicar las pruebas personalmente, prescindir de ella a través de la comisión cuando no pudiera hacerlo por razón del territorio.

Sin embargo, pese a que en la actualidad ahora el sistema se ha inclinado hacia el sistema de la oralidad, López Blanco guarda cierta distancia respecto a ello. Esto puede fácilmente observarse en las advertencias que hizo a propósito de los inconvenientes que se presentarían en el sistema procesal colombiano si sus estatutos procesales se encaminaran por los lineamientos de otros estatutos procesales latinoamericanos con la base equivocada de que la inmediación ha de ser vista como un principio. Particularmente esto lo señala teniendo presente como analogía el Código del Distrito Federal de México el cual, una vez inclinado al sistema de la oralidad, aludió a la sanción de nulidad si no cumplía el juez con el deber exigido de la inmediación (López, 2005, pág. 117). La dificultad que preveía López Blanco es que su ciega observancia en las disposiciones legales correspondería a hacer de ella una fuente de enormes demoras en los procesos. En este punto tiene presente las dificultades que podrían surgir debido a que los procesos no son de única instancia.

Por tanto, si la inmediación fuese conocer directamente el proceso desde el principio hasta el fin (Eisner, 1963, pág. 172), el caos jurídico se apoderaría del sistema procesal así fuese aplicada la inmediación como regla técnica. Es decir, la inmediación a ultranza no es la herramienta idónea para obtener pronta y cumplida justicia, ello solo informaría de una inmediación inútil para servir de fuente inspiradora de normas que permitan una administración de justicia eficaz (López, 2005, pág. 115).

Ahora bien, con el Código General del Proceso las cosas han cambiado en el sistema procesal colombiano debido a que el anterior código no traía la sanción de nulidad para la práctica de la inmediación. Dice el mencionado código en el art. 181 lo siguiente:

«El juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiese hacer por razón del territorio, comisionará otro para que en la misma forma las practique. Es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial».

Nótese que la inmediación tal como está aquí estipulada, ni en otras normas del mismo Código, tiene los alcances actuales de la nulidad como sanción. Por eso, al tener presente el

nuevo código los avances tecnológicos, se establecerá ciertamente mayores reparos, como la sanción mencionada, debido a que el juez ahora puede cumplir con la exigencia de inmediación a través de la videoconferencia, la teleconferencia, entre otros. Ello supone una considerable reducción de la práctica de la excepción de la comisión como ágil herramienta en los trámites para modificar las competencias territoriales.

Claramente el juez por medio de la percepción inmediata puede formarse un mejor concepto o criterio sobre el valor y la eficacia de la prueba, pero ahora su interés estará anclado más que en la utilidad, en el tratamiento legal que se le otorga al establecerla como requisito, so pena de sanción de nulidad. Sin duda la división territorial del país hizo que se estableciera la comisión como una herramienta ágil y consistente en tanto se hacía necesaria la modificación de la competencia territorial como lo estableció la ley Estatutaria de la Administración de Justicia en art. 63. Sin embargo, los motivos fácticos antes esgrimidos para practicar la comisión según las excepciones previstas por el mismo legislador quien las incorporó a partir de la Ley 794 de 2003 en el art. 183 del Código de Procedimiento Civil no serán determinantes ahora debido a que el Código General del Proceso tiene en cuenta los avances tecnológicos que ayudarán a que el principio de inmediación procesal pueda ser aplicado integralmente a través de los medios tecnológicos mencionados. Debido a ello el artículo mencionado de la Ley Estatutaria ha de ser reconsiderado en tanto la inmediación como exigencia se constituye en regla hipotética.

Ahora bien, para diferenciarla expresión regla como norma hipotética de la expresión regla técnica (López, 2005; Quintero, Prieto, 1992), puede indicarse, siguiendo la propuesta de Von Wright en su obra *Norma y acción*, que las reglas técnicas son aquellas que guardan relación con los medios a emplear para alcanzar un determinado fin, es decir, una norma técnica alude al deseo o a la intención del agente de alcanzar un determinado fin (Von Wright, 1979). Particularmente Von Wright aclara esto señalando que «la formulación típica de estas normas adopta la forma de una oración condicional en cuyo consecuente se menciona algo que tiene que (hay que, debe) o no tiene que hacerse». Lo anterior no puede ser confundido con la clásica estructura hipotética de las normas jurídico-prescriptivas, debido a que las normas técnicas, según Von Wright, únicamente informan al agente de las prescripciones relativas a lo que debe, puede o tiene que hacerse cuando surge una determinada contingencia, sin tener una sanción prevista en caso de su inobservancia. En relación a esto, puede considerarse expresado por Daniel González:

«En el caso de la norma hipotética es el contenido de la norma lo que está sujeto a condición. En el caso de una regla técnica es la existencia de la norma lo que está sujeto a condición. La oración “si – entonces” dice: en el caso de que desees eso como fin (y no lo otro), debes (puedes, tiene que no) hacer esto y esto» (González, 1993).

En efecto, para complementar el aporte de Von Wright, en cuanto al uso de las palabras *tener* y *deber*, puede seguirse la indicación de Gilberto Robles, que dice:

«En el uso del lenguaje normal, tener que y deber se utilizan frecuentemente como sinónimos, pero es preciso reconstruir el significado de ambas expresiones, dotando al

tener que de la estricta significación que tiene en las reglas técnicas, en las que la que la noción de deber se da por naturalmente excluida»(Robles, 1998).

Así, pues, puede concluirse afirmando que el concepto de regla técnica es ante todo una denominación que se aplica en varios campos del conocimiento como la medicina, la ingeniería, el arte, entre otros. En cada uno de estos campos, así como en el derecho, las reglas técnicas indican los medios o procedimientos adecuados que son precisos seguir para conseguir un propósito, mas no prejuzgan si es lícito o no proponerse dicho fin.

2. La intermediación procesal en el código general del proceso.

Este capítulo se propone tratar el concepto de intermediación procesal y las instituciones en las cuales ella se sustenta. Se enfoca en el tratamiento legal que el legislador le ha dado en el Código General del Proceso en todo el capítulo y en la incidencia que tiene en el régimen probatorio, sus excepciones legales, al igual que en las dificultades que presenta cuando en segunda instancia se quebranta como criterio o cuando es vulnerada por la sustitución judicial.

2.1 Concepto de intermediación procesal.

La intermediación como exigencia atinente a la forma de los actos procesales es una regla, en el sentido antes previsto, vinculada particularmente al sistema de la oralidad cuyo alcance en la fase probatoria ha tomado notoria trascendencia a diferencia como tradicionalmente se venía aplicando. Esto se pone de manifiesto en Ley 1564 de 2012 al otorgarle el legislador el carácter impositivo al juez o tribunal sentenciador de hallarse en contacto inmediato con los actos de parte, so pena de nulidad (Art. 107, numeral 1). La Ley mencionada permite hablar claramente de la ausencia de la intermediación en algunos supuestos normativos para satisfacer la necesidad de administrar justicia puesto que en algunas circunstancias es de mayor ventaja dar preferencia a otros objetivos que merecen menor protección que las ventajas que proporciona la intermediación ya que sus lesiones podrían resultar irreparables. En otras palabras, la Ley informa sobre algunos casos en los que esta exigencia resulta ser difícilmente aplicable.

Sin embargo, la dificultad para determinar la naturaleza jurídica de esta figura se debe a que muchos todavía no diferencian si se encuentran ante un principio del proceso, una forma procesal, una garantía de las partes o una institución de la que forman parte todos los aspectos mencionados (Herrera, 2006). Sin embargo, puede hacerse ahora una mejor aproximación teniendo en cuenta lo señalado en el primer capítulo para arribar a un concepto mucho más comprensible sobre la intermediación procesal debido a que existe coincidencia en señalar que las pruebas y el juicio se ha de efectuar bajo la presencia del organo jurisdiccional competente, es decir, que éste presencie las alegaciones y las pruebas sin servirse de otro. Para tal objeto, se puede seguir las indicaciones de Herrera Abián quien para su efecto distinguió entre intermediación *lato sensu* e intermediación *stricto sensu*. La primera es aquella en la que únicamente se exige la presencia judicial en las actuaciones que se desarrollen en el proceso; en cambio, la segunda es aquella en la que se exige al juez que haya estado presente no sólo en las actuaciones judiciales, sino que también sea el mismo que dicte sentencia (Herrera, 2006, pág. 4). Por tanto, en la intermediación *lato sensu*,

del juez tiene como tarea ser un supervisor del proceso, un garante de la tutela judicial efectiva o ser aquel que resguarda los principios y derechos procesales para que no sean vulnerados. En la intermediación *stricto sensu* la imagen del juez queda determinada por los esfuerzos que éste hace con el fin de mantener las mejores condiciones para conocer el objeto del proceso, particularmente practicando las pruebas sin intermediarios para impedir la distorsión de lo transmitido por las partes hasta su sentencia dado que la prueba gozaría de mayor seguridad en tanto esté más próxima a sus sentidos. La intermediación procura, así, que el órgano judicial esté en contacto directo tanto con los sujetos como con el objeto del proceso. De modo que cuanto más intermediarios se pongan entre el juez y los hechos, más lejano a la realidad será lo provisto en la sentencia (Herrera, 2006).

Ya se puede advertir el motivo por el cual la intermediación en sentido estricto no era exigida en el proceso civil Colombiano, por ese motivo se convirtió en un sistema que hacía de la sentencia algo ajeno al juez que precedía el proceso desde su inicio. La intermediación es la propia razón de ser de la oralidad, esto es, no puede operar por separado de ella, pero, es importante advertir, siguiendo a Rosario Herrera Abián, que pese a que la intermediación tenga ciertas ventajas en la búsqueda de la verdad, pueden presentarse efectos indirectos y directos que se vuelvan contra ella (2006, pág. 8).

En este capítulo, se tratará de identificarlos, sobre todo cuando puede decirse, que hasta el Código General del Proceso la intermediación, en el sentido estricto aludido por Herrera Abián, ha estado ausente en la legislación procesal civil con el añadido del Código de ser una regla. Es decir, el hecho de que las normas anteriores hayan recogido la necesidad de que el juez presencie la práctica de la prueba en el proceso, no es equivalente con la vigencia de la intermediación de la nueva Ley, pues bien, era notorio que carecía de la exigencia de que el mismo juez que dicte sentencia sea el mismo que presencie las actuaciones judiciales, so pena de nulidad. En otros términos, las anteriores reformas solo indicaban en la intermediación la necesidad de la presencia del juez para regular el proceso, pero no anunciaban en ésta una regla. Tal vez esto se deba a que predominaba todavía la forma escrita como base guía de los procesos civiles. Además, como se pudo anteriormente advertirse, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha limitado a considerar la intermediación un principio aun cuando ello no informe nada. De ahí que todavía genere dificultades en la sustitución del juez que se presenta en el supuesto de la doble instancia para considerarlo o no una infracción procesal de la intermediación en sentido estricto. El resultado de esta postura ha sido considerar que no se ha quebrantado el principio de intermediación cuando la sentencia sea dictada por un juez diferente del que celebró las pruebas. Ahora bien, desde el Código General del Proceso se pueden defender conclusiones contrarias.

2.2 Tratamiento legal de la intermediación procesal.

La Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso es una iniciativa impulsada en gran parte por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal que pretende «modernizar» el proceso implementando en él el sistema de la oralidad acompañada de una serie de medidas que buscan garantizar la tutela jurisdiccional efectiva en el ejercicio de los derechos y la defensa de los intereses de todos los usuarios de la administración de justicia. En su Exposición de Motivos, dejan claro sus gestores que el Código que reforma el Código de

Procedimiento Civil, aplicable a los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios y, por remisión, a los procesos laborales, contencioso administrativos e incluso, en algunos temas puntuales, a los penales, permite la protección efectiva de los derechos subjetivos de los individuos, ya sea ante jueces, como ante autoridades administrativas.

Para entrar en el análisis de la inmediación en la Ley mencionada, es preciso resaltar que en su Título Preliminar, consagra expresamente en el art. 6 la inmediación procesal como vínculo o razón de ser inmediata a la oralidad, de la siguiente manera:

«El juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que le correspondan. Solo podrá comisionar para la realización de actos procesales cuando expresamente este código se lo autorice.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido respecto de las pruebas extraprocesales, las pruebas trasladadas y demás excepciones previstas en la ley».

Como puede apreciarse, en el mismo artículo coexisten la inmediación y la mediación, uno como regla general y otro como excepción. La primera, que exige al funcionario practicar las pruebas allegadas al proceso y las demás actuaciones judiciales, permite calificar el comportamiento de los agentes en todo el rollo procesal, incidiendo en la sentencia del órgano jurisdiccional; la segunda permite observar la necesidad de la ausencia de la inmediación misma según sus diversas excepciones. Sin embargo, así el artículo visto no tendría mayores alcances en tanto a las excepciones legales mencionadas en el Código de Procedimiento Civil. Para anticipar, el legislador con miras a dar una mayor aplicación al sistema de la oralidad, estipula que la inmediación es una regla a la cual va unida la sanción de nulidad (art. 107). Con este importante paso dado por el legislador, se configura lo que se ha venido señalando en la inmediación como garantía procesal en tanto vincula la presencia del órgano judicial como una exigencia propia en las actuaciones que se desarrollan en el proceso.

Hasta la presente ley, la ausencia del juez en la práctica de las actuaciones en el proceso era una irregularidad que no representaba ninguna consecuencia jurídica. La sanción de nulidad que atribuye a la falta de inmediación sin la necesidad de que vaya unida a otras reglas o principios responde a su trascendencia vinculada al desarrollo de la oralidad. Por tanto, representa una específica novedad frente a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Como ya se anticipó anteriormente la naturaleza jurídica que informa sobre los alcances conceptuales de la inmediación en tanto regla, sólo se procurará hacer una síntesis en tanto puede ahora impugnarse la infracción en la inmediación. Al respecto puede decirse que si las partes no denuncian la infracción en instancias anteriores, dicha falta convalida la nulidad. Esto obviamente genera dificultades según el concepto de inmediación en stricto sensu aquí seguido, porque del mismo modo que un juez ha de estar presente desde el inicio del proceso hasta el momento de la sentencia, de igual modo no podría en tanto haya sido sustituido pronunciarse sobre el incumplimiento de una inmediación no ejecutada. La trascendencia del incumplimiento estriba en que las partes pueden impugnar aquellas infracciones en que el juez o tribunal no cumpliera con lo que determina la Ley. Tal vez en

sentido contrario pueda presentarse, pero ello supondría en su defecto el reconocimiento de la propia infracción por parte del juez o tribunal.

2.3 Incidencia de la inmediación procesal en el régimen probatorio.

Las novedades de la Ley 1564 respecto de la legislación anterior son (en aspectos puntuales como el predominio de la inmediación y la concentración en el proceso por audiencias), sin lugar a dudas, notorias debido a que la exigencia de inmediación refleja sus incidencias en los siguientes postulados: a) primero, la ausencia del juez en las audiencias genera nulidad de la actuación respectiva (art. 107), b) segundo, si el juez no puede practicar las pruebas personalmente, podrá hacerlo a través de teleconferencia, videoconferencia, u otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción (art. 37, 171, 176), c) tercero, solo podrá comisionarse la práctica de pruebas en las situaciones en las que estas deban practicarse fuera del juzgado y no haya medios técnicos (de comunicación) que garanticen la inmediación, concentración y contradicción (art. 171).

La inmediación es un requisito ineludible que acompaña la oralidad. Ahora bien, como la prueba en la oralidad constituye una fase donde más se acentúa la inmediación, se ha de tratar aquí con mayor importancia (Herrera, 2006, pág. 49). Sin embargo, no se tratará aquí el interrogatorio de las partes, de testigos, la prueba documental u otros medios de prueba (art.165), sino específicamente la de dictamen pericial dado que el Código General del Proceso presenta aquí dificultades.

La prueba pericial tiene como base el medio de prueba escrito en tanto no se necesita su ratificación en juicio. A la vista de la regulación, se puede señalar que el Código General del Proceso sigue con esta misma consideración, esto es, la prueba pericial permanece anclada en el sistema escrito. Para señalar esto, se importarán los siguientes comentarios de Alberto Rojas Quiñones. Primero, que pese a ser conveniente por un lado que el Código General del Proceso continúe respetando la teleología de este medio de prueba, limitando su alcance a cuestiones técnicas, científicas o artísticas (Rojas Quiñones, 2011, pág. 307); por otro, carece de sentido que, en el marco de un sistema oral, la prueba pericial preserve la forma predominantemente escrita. Según anota Alberto Rojas Quiñones, la jurisdicción civil había permitido el dictamen oral en los procesos verbales con la Ley 1395 de 2010, en la audiencia del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil y en los procesos ejecutivos. Sin embargo, el inconveniente es que el Código General del Proceso no siguiera este mismo camino. Según la lectura que hizo de los artículos 227, 228, 230 y 231, el Código revela, a pesar de la consagración de la oralidad como principio rector, que el dictamen pericial preserva su forma predominantemente escrita. En efecto, la intervención del perito en la audiencia, esto es, su intervención verbal, está en contravía a lo sugerido por la oralidad, debido a que no constituye una regla general, sino una hipótesis excepcional. Por eso sugiere reconsiderar este punto, en el sentido de permitir la intervención personal de los peritos en el marco de una audiencia oral para todos los procesos en general (Rojas, 2011, págs. 308-310).

El segundo aspectos que vale la pena comentar, siguiendo a Alberto Rojas Quiñones, tiene que ver correlativamente con la contradicción del dictamen. Al respecto, por los

argumentos anteriormente expuestos, es también pertinente reiterar que dicha contradicción no debe revestir ninguna forma escrita, sino que, por el contrario, debe procurarse que sea una contradicción verbal (Rojas, 2011, pág. 311). Al respecto dice el mencionado autor: «la intermediación procesal, pierde mucha fuerza cuando se impide que el perito intervenga directamente en la audiencia oral, toda vez que el contacto con la experticia misma es menor cuando esta se halla contenida en un escrito, o cuando se rinde personalmente en el marco de una audiencia» (Rojas, 2011, pág. 309).

2.4 Excepciones legales a la intermediación procesal.

El Código General del Proceso ha seguido en algunos aspectos las mismas excepciones a la quiebra legal de la intermediación provistas en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, conviene echar una mirada a las mismas debido al cambio presentado de sistema procesal de la oralidad. En este aspecto vale la pena advertir que las excepciones a la práctica personal de todas las pruebas y demás actuaciones judiciales se estipulan, en el Código mencionado, según el artículo 6 sin perjuicio de lo establecido respecto de las pruebas extraprocesales y trasladadas conforme al artículo 174 y demás excepciones previstas en la ley. Es decir, las excepciones según lo dispuesto seguirían siendo las mismas pese a la nueva exigencia de intermediación. Obviamente conviene una vez más anticipar que se alude aquí a la intermediación *stricto sensu* y no a la mera presencia judicial que, según Herrera Abián, en ningún caso puede *a priori* admitir excepciones (2006, pág. 37).

Ciertamente teniendo presente un concepto de intermediación como el propuesto por Herrera Abián saltaría a la vista diferentes formas en las que puede ser vulnerada la intermediación. La primera forma en la que se vulneraría sería a través de la prueba anticipada, puesto que el juez que conozca del proceso no podría exigir de oficio la práctica de la prueba porque estaría bajo la potestad de las partes. En ese sentido, dice Herrera Abián: «la carencia de intermediación del juez competente respecto de la prueba anticipada sólo podrá evitarse si alguna de las partes lo pide» (Herrera, 2006, pág. 38). La segunda forma que encuentra Herrera Abián de menoscabar la intermediación es la acumulación de procesos debido a que el juez tropezaría con procesos bastante avanzados. La tercera forma sería el mismo auxilio judicial que se basa en la limitación territorial que caracteriza a la actividad jurisdiccional y en la posibilidad de encargar a otro órgano judicial que lleve a cabo alguna actuación. La cuarta forma en la que puede verse vulnerada la intermediación, siguiendo a Herrera Abián, es la recusación en la que un juez que no practicó ciertas actuaciones termina siendo el que dicta sentencia al pasar a su despacho y conocimiento en sustitución del anterior, el pleito (Herrera, 2006, pág. 37-47).

La Ley 1564 regula además de las excepciones en la prueba trasladada y extraprocesal (art.174), todas las mencionadas por Herrera Abián. Sin embargo, cabe anotar que sus pretensiones, al menos en lo concerniente a las limitaciones territoriales, a evitar su vulneración teniendo presente los medios tecnológicos (art.37). En ese sentido, y según la aclaración anteriormente propuesta entre reglas, principios y reglas técnicas, la vulneración correspondería a una infracción legal de la misma que conduciría a la nulidad de lo actuado.

2.5 La quiebra de la intermediación en la segunda instancia del proceso civil.

El grado de reconocimiento legal de la intermediación como una de las exigencias del enjuiciamiento tanto en sede penal como en civil, sobre todo en este último orden jurisdiccional, ha evolucionado desde la exigencia de que la actividad procesal, esencialmente probatoria, se desenvuelva en presencia judicial y más en concreto por el establecimiento de la oralidad como principio en Ley Estatutaria de 2008. Sin embargo, la intermediación que ha impulsado la postura legal del legislador hacia el sistema procesal de la oralidad en el aspecto probatorio de la segunda instancia no es muy clara en el Código General del Proceso o por lo menos implicaría la vulneración de la intermediación. La Ley menciona que todos los magistrados del cuerpo colegiado deben concurrir en la audiencia, so pena de nulidad, pero no hace referencia con ello al tema probatorio como tal en un sentido estricto de intermediación para los Altos Tribunales, de modo que pueden estos comisionar como bien lo estimen. A lo sumo alude a la autorización que puede hacer la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a determinados jueces del circuito para comisionar a jueces municipales para practicar la inspección judicial que deba realizarse fuera de su sede, por razones de distancia, condiciones geográficas o de orden público (Ley 1564, artículos.36, 37 y 171). En otras palabras, teniendo en cuenta la concepción garantista de Herrera Abián propuesta para la intermediación en sentido estricto, dicha Ley no le otorga el mismo alcance probatorio en el proceso civil en los pronunciamientos de los Altos Tribunales.

Según esto, la intermediación como requisito probatorio es una exigencia a la que fácilmente se puede renunciar en segunda instancia sin el agravante de incurrir en nulidad. Esta es, sin duda, la razón principal por la que se le ha formulado las insistentes críticas a la oralidad, en tanto la intermediación se ve desdibujada en la segunda instancia, donde el *ad- quem* no tiene contacto de primera mano con la prueba que intervienen en el proceso. La crítica de la quiebra de la intermediación en segunda instancia tiene evidentemente su origen en una concepción estricta de la intermediación, una concepción distinta de su régimen probatorio y eventualmente una consideración diferente de los alcances que puede tener la intermediación en los procesos civiles y penales “Conviene aclarar que dicha diferenciación no indica dos conceptos de intermediación diferentes en función de la clase de proceso sino dos alcances que la misma puede ofrecer como concepto unívoco”

Para justificar la renuncia a la intermediación *stricto sensu* en segunda instancia podría esgrimirse el siguiente argumento: «la intermediación no es un requisito esencial en los procesos civiles y su falta no tiene dimensión constitucional, salvo que se acredite en el supuesto concreto, lo que no sucede en esta demanda de amparo. En el proceso civil las pruebas pueden ser realizadas ante otro órgano judicial, en este caso la confesión y testifical se han practicado por exhorto, sin protesta alguna de las partes, y el recurso de apelación, por su propia naturaleza, revisa el proceso y las pruebas practicadas sin la nota de intermediación» (Herrera, 2006, pág. 219).

La situación parecía varía con la entrada en vigor del Código General del Proceso debido a que esa falta de identidad entre juez presente y juez sentenciador en la práctica de diligencias probatorias, generaría nulidad de lo actuado. Sin embargo, el legislador en el Código General del Proceso no lleva la intermediación a sus últimas consecuencias legales,

porque la intervención judicial en la actividad probatoria en sede civil de segunda instancia no tiene las mismas proyecciones según su régimen probatorio de modo que no podría configurarse como una garantía de los derechos de los sujetos, sino como una vía de conocimiento en orden a la resolución del conflicto por el juzgador. Al regular la forma de practicar las pruebas e incluso para hechos nuevos, el procedimiento se encuentra en segunda instancia, con una inmediación carente de fuertes atributos jurídicos.

Tan sólo se menciona en lo atinente a las audiencias de los Tribunales la posibilidad de suspensión del juicio oral por cuestiones de otra índole, sea enfermedad repentina de alguno de los miembros del Tribunal, entre otros. Así, cuando se produzca cambio de juez que deba proferir sentencia en primera o segunda instancia, quien lo sustituya deberá convocar a una audiencia especial con el solo fin de repetir la oportunidad para alegar y dictar luego sentencia (Art. 107, 133 numeral 7). Al menos así se podría concluir teniendo presente una concepción de inmediación stricto sensu, para interpretar el artículo 171 en el que se considera que el juez practicará personalmente todas las pruebas. Incluso, cuando pueda hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación.

En efecto, el Tribunal que dicta la sentencia de apelación lo hace sin inmediación. La sentencia de apelación entonces, ha de basarse, en la misma actividad probatoria desarrollada en primera instancia; esto quiere decir que en la segunda instancia se produce una excepción al principio de la inmediación, dado que el tribunal no juzga las pruebas practicadas en él, sino las que fueron practicadas en otro juzgado. Situación, que se hace constituye más desventajosa, cuando se trate de pruebas de carácter personal (testimonio, interrogatorio de parte, entre otras), para cuya valoración es indispensable la inmediación. De acuerdo a lo anterior, hay que decir, que el objetivo de establecer la oralidad en materia civil según la Ley 1395 de 2010 al igual que del Código General del Proceso, no es simplemente buscar la descongestión judicial que se presenta en el país, sino implementar un sistema procesal oral cuya reforma tenga presente todas estas eventualidades.

El cuidado que ha puesto el legislador en proteger el principio de inmediación en el nuevo proceso civil se pone en tela de juicio en la segunda instancia. Esta es la razón por la que se considera que «la naturaleza de esta fase procesal, unida al régimen probatorio que se prevé en la misma, pueden menoscabar la garantía de la inmediación stricto sensu: el tribunal *ad quem* legalmente puede apartarse del juicio fáctico llevado a cabo por el juez *a quo* sin necesidad de practicar prueba alguna sobre los hechos cuestionados» (Herrera Abián, 2006: 63). La naturaleza procesal y el régimen probatorio muestran así que paradójicamente la inmediación como garantía de la oralidad en el sistema procesal colombiano, es desvirtuada con la interposición de los recursos. Por eso, se debe propender por una inmediación que alcance incluso el trámite de la segunda instancia.

2.6 Inmediación procesal y sustitución judicial.

La sustitución, como indica Herrera Abián, «es uno de los aspectos procesales que en la práctica ha producido con más frecuencia la vulneración de la inmediación» (2006, pág. 73). Ciertamente, esto se debía a la prevalencia del sistema procesal escrito en el que raras veces el juez que iniciaba el proceso era el mismo que dictaba sentencia. En este sistema, la

sustitución afectaba sin más las actuaciones (por ejemplo, la práctica de pruebas) del proceso en tanto la ley no exigía como menester que éstas volviesen a ser practicadas cuando el juez ha sido sustituido.

A raíz del cambio del sistema procesal escrito, el legislador, en análisis de esta evidente vulneración de la inmediación previó e incorporó a través del Código General del Proceso un una forma de fortificarla estableciendo la posibilidad de configurar la infracción legal en caso de no ajustarse a las excepciones previstas para la misma. Sin duda, este fortalecimiento de la inmediación ha producido en el seno de la sustitución unos cambios sustanciales en tanto el juez sustituto deberá repetir según sea el caso los alegatos de las partes so pena de infracción o se considerará una especie de sustitución que no implica el abandono de un juez de las funciones de su propio juzgado.

Ahora bien, analizando la Ley mencionada, se puede observar que el magistrado que intervenga en dictar sentencia puede no haber estado presente en la práctica de la prueba llevando así a cabo una sustitución sin incurrir en infracción, es decir, sin que le sea aplicable la sanción de nulidad prevista. Dice el artículo 36 lo siguiente: «las audiencias y diligencias que realicen los jueces colegiados serán presididas por el ponente, y a ellas deberán concurrir todos los magistrados que integran la Sala, so pena de nulidad». Nótese que no se exige en la sustitución la práctica probatoria sino la mera presencia de todo el cuerpo colegiado para que se configure la infracción legal de nulidad, es decir, no hay una concepción de la inmediación en sentido estricto. En efecto, la falta de inmediación en término probatorios es intrascendente en tanto no reconoce allí infracción legal. El motivo que se podría esgrimir para su justificación sería que la quiebra allí de la inmediación en modo alguno resulta gravosa atendiendo a los tipos de prueba por practicar, por tanto no sería menester que se celebre nuevamente las pruebas en presencia del sustituto. En otras palabras, no se quebranta la inmediación por el efecto de la sustitución.

Ciertamente la Ley aquí aludida hace referencia a los distintos tipos de jueces llamados a sustituir legalmente a cada uno de los distintos jueces que componen la organización judicial. Sin embargo, no aprecia la renuncia a la inmediación en segunda instancia como una infracción procesal, por tanto, no representa en ese aspecto una modificación en la regulación de la sustitución judicial. Tal vez aquí el proceso presente debilidades en sus garantías, pero ello no es motivo, en caso de querer reforzar sus exigencias, para considerar que en dicha instancia el proceso involuciona hasta constituirse en una verdadera indefensión. Lo dicho no ha de suponer un cambio conceptual en el concepto como principio, sino que se ha de observar según el alcance conceptual previsto como regla procesal y no mera regla técnica. Esto se considera debido a que «para poder hablar de indefensión en el sentido constitucional del término, es necesario algo más que la simple infracción de una norma procesal o de procedimiento» (Herrera, 2006, pag.84)

La renuncia en el procedimiento civil en lo atinente a la sustitución judicial ha de ser vista, por tanto, bajo esta apreciación en tanto quiera convertirse en una forma de infracción legal, y no constitucional, para poder prever otras razones para su renuncia o excepción. Esto con el motivo implacable de que el auxilio legal deja resquicios para legitimar la quiebra de la inmediación *stricto sensu* cuando ésta pueda fomentar lesiones irreparables o pudiera ir unida a mayores desventajas. Este sería un modo de otorgar mayor alcance legal al art. 37 y

171 del Código General del Proceso, que se limita a referenciar lo atinente a la práctica de pruebas y diligencias que deban surtirse fuera de la sede del juez del conocimiento.

CONCLUSIONES.

- El protagonismo del Código General del Proceso en la reconceptualización de la inmediación es evidente. Por eso, es sorprendente que, debido al proceso de constitucionalización de las garantías, la inmediación en la jurisprudencia de la Corte constitucional aparezca como un principio incorporado que ha de regir preceptivamente la forma de los actos procesales, cuando, por el contrario, aparece en la Ley mencionada como regla. Desde luego, este aparente desvalor comparativo se ha de ver superado sin la actuación exegética del Tribunal Constitucional cuya doctrina incorpora la inmediación como principio para ofrecerlo como una garantía integrante del debido proceso. La conclusión conceptual sobre la inmediación procesal a la que llega este artículo, es que ésta se ha de mirar como regla y garantía jurisdiccional del proceso sin ser confundida como principio. Esta consideración, como se pudo advertir, nace de una misma consideración de la diferencia normativa entre reglas y principios que sale de la misma Corte constitucional y de la teoría kelseniana de la norma hipotética. De ahí que, la inmediación no sea un principio por la siguiente razón: no tiene una carga axiológica determinada que encuentre un entroncamiento directo (ni siquiera indirecto) con un derecho fundamental, es decir, el hecho de que un juez distinto al que, por ejemplo, practicó las pruebas (piénsese en un juez de segunda instancia) adelante un procedimiento, no tiene *per se* un sentido de indefensión aunque no puede negarse que la exigencia según la cual el juez que la practique sea el mismo que la valore, favorece la decisión sobre los hechos, ya que tendrá mejores elementos para la crítica probatoria. Es decir, el rompimiento en la cadena del conocimiento que se da cuando se altera el juez que practicó la prueba tan sólo desfavorece la aproximación a la verdad a la que debe tender el proceso.
- La inmediación en términos probatorios genera dudas en la primera instancia sobre el peritaje y en la segunda instancia es débil como sistema procesal. En efecto, la inmediación debe exigirse no sólo respecto a la actividad probatoria mencionada sino también en relación con la actividad alegatoria oral de la misma por cuanto la decisión judicial se nutre de ambas, independientemente de que tendencia sea lo escrito.
- Debido a la concepción débil que tiene el Código General del Proceso en segunda instancia a propósito de la inmediación, la sustitución se presenta como una quiebra de la misma. En ese sentido, el tratamiento de la inmediación en segunda instancia, también en el orden jurisdiccional civil, ha de experimentar un cambio sustancial. Eso significa que, si bien es cierto que la modernización que se pretende del sistema procesal colombiano con la oralidad es la nueva normativa procesal que informa al derecho procesal colombiano, igualmente debe lograrse de forma óptima que las actuaciones

seguidas en la Primera Instancia del proceso civil, logren ese mismo objetivo a la hora de regular la Segunda.

- En la segunda instancia del proceso civil colombiano, se desvirtúa la inmediación o quiebra la inmediación. Se dijo que el órgano jurisdiccional *ad quem*, que dicta sentencia, puede apartarse, respetando la legalidad, de la valoración fáctica del *a quo* sin necesidad de practicar nueva prueba sobre los hechos controvertidos; todo ello debido al restringido régimen probatorio en la segunda instancia. Con base en lo anterior, se puede decirse que en un proceso oral, la inmediación y en especial las pruebas, han de tener un mayor contacto con el fin de que en la segunda instancia del proceso civil no se resquebraje la oralidad y la inmediación.

BIBLIOGRAFÍA.

- Atienza Manuel, Ruiz Manero J. (1993). Sobre principios y reglas. Revista Doxa, 243-266.
- Bernal Pulido, C. (2007). El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cappelletti, M. (1973). El proceso civil en el derecho comparado. Buenos Aires: EJEA.
- Carnelutti, F. (1944). Systeme de derecho procesal. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Cavani Brain, R. I. (2009). La nueva ideología en el proceso civil y el principio de inmediación. Revista Eletrónica de Direito, 60-72.
- Chiovenda, G. (1922). Principios de derecho procesal civil. Tomo I. Madrid: Editorial Reus.
- Chiovenda, G. (1949). La idea romana en el proceso civil moderno. Ensayos de derecho procesal civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa America.
- Couture, E. J. (1951). Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Roque de Palma.
- Devis Echandía, H. (1988). Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Bogotá: Editorial A-B-C.
- Devis Echandía, H. (1992). Estudios de derecho procesal. Bogotá: A-B-C.
- Díaz, C. A. (1972). Instituciones de derecho procesal. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Eisner, I. (1963). La intermediación en el proceso. Buenos Aires: Depalma.
- García Amado, J. A. (2010). El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Goldschmidt, J. (1936). Derecho Procesal Civil. Barcelona: Labor.
- González Lagier, D. (1993). Algunas cuestiones sobre las reglas técnicas. Revista Doxa Nro. 14, 473-496.
- Herrera Abián, R. (2006). La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Comares.
- Kelsen, H. (1994). Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Kisch, W. (1932). Elementos de derecho procesal civil. Revista de Derecho Privado, 125.

López Blanco, H. F. (2005). Instituciones de derecho procesal civil colombiano. Tomo I. Parte General. Bogotá: Dupre.

Monroy Gálvez J, Monroy Palacios J. (2004). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada, en la formación del proceso civil peruano. Lima: Palestra.

Monroy Galvez, J. (1999). Introducción al proceso civil. Bogotá: Temis.

Morales Molina, H. (1991). Curso de derecho procesal civil. Parte General. Bogotá: Editorial A-B-C.

Nieto, A. (1983). Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional. Revista de Administración Pública, 371-409.

Prieto, B. Q. (1986). Los principios generales del derecho procesal. Temas Procesales, 105-124.

Quintero Beatriz, Prieto Eugenio. (2000). Teoría General del Proceso. Bogotá: Temis.

Ramírez Gómez, J. F. (1999). Principios constitucionales de derecho procesal. Medellín: Señal Editora.

Robles, G. (1998). Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México.

Rojas Quiñones, S. A. (2011). Código general del proceso: aciertos y vicisitudes de un nuevo régimen de pruebas –especial comentario a la propuesta de reforma frente a la prueba documental y la prueba pericial–. Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 8, enero-diciembre, 299-323.

Schönke, A. (1950). Derecho Procesal Civil. Barcelona: José Maria Bosch Editor.

Von Wright, G. H. (1979). Norma y acción. Madrid: Tecnos.

Walters Pomare, J. (1991). Los procesos civiles. Medellín: Señal Editora.

LEGISLACIÓN

Ley 270 de 1996

Ley 1285 de 2009

Ley 1395 de 2010

Ley 1564 DE 2012

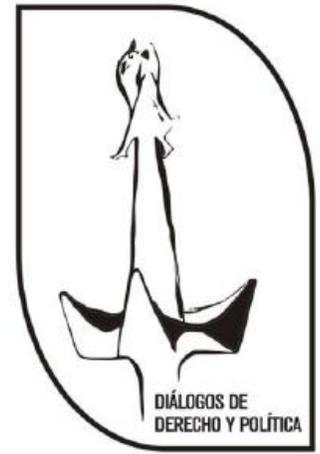
Decretos 1400 y 2019 de 1970

JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón

Sentencia C- 713 de 2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-543 de 2011. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.



**De la responsabilidad social estatal a la
responsabilidad social empresarial: gobernanza
neoliberal y condicionamiento de derechos.**

Paula Sanín Naranjo

Antropóloga y Especialista en Derechos Humanos y DIH
de la Universidad de Antioquia

Resumen.

El objetivo de este artículo es aportar a la discusión académica sobre la reconfiguración de la relación entre el estado y las empresas y la consecuente privatización de los derechos sociales. A partir de una experiencia laboral concreta en una empresa colombiana de generación de energía, se plantea una revisión teórica sobre el proceso de globalización y neoliberalismo, las mutaciones del estado en este marco, el surgimiento de la gobernanza y del discurso de la responsabilidad social empresarial como estrategia de la gobernanza neoliberal que condiciona los derechos sociales al plantear soluciones de necesidades a poblaciones definidas no como ciudadanos excluidos y vulnerados sino como parte de unos grupos de interés que estratégicamente se delimitan al interior de la empresa, transformando el concepto de derecho en soluciones estratégicas puntuales.

Palabras Claves: responsabilidad social empresarial, derechos sociales, gobernanza, globalización, estado, democracia, neoliberalismo.

De la responsabilidad social estatal a la responsabilidad social empresarial: gobernanza neoliberal y condicionamiento de derechos.

Lo que no somos capaces de cambiar debemos por lo menos describirlo”
Fassbinder

Introducción

Este escrito busca aportar a la reflexión académica sobre la relación actual entre las empresas y el estado, en el marco de la gobernanza neoliberal. Para esto, se parte de la experiencia de la autora, adquirida en el marco laboral de una empresa colombiana de generación de energía, ISAGEN S.A. E.S.P, durante los últimos cuatro años. El análisis que aquí se pretende realizar retoma, por un lado, la experiencia en campo del trabajo con grupos comunitarios rurales y administraciones municipales de las zonas donde dicha empresa tiene centrales de generación hidroeléctrica en el oriente antioqueño y donde se ejecutan distintos programas y proyectos de la gestión social, en gran parte, enmarcados en lo que se denomina comúnmente *responsabilidad social empresarial*. Por otro lado, indaga por la relación entre la empresa y los gobiernos locales que, si bien obedece a un contexto local específico, se enmarca en la transformación de las relaciones entre lo público y lo privado, entre el estado, las empresas y la sociedad. Estos procesos, que han venido gestándose a lo largo de las últimas décadas a nivel mundial y que se han abordado desde la transformación del estado y el surgimiento de la gobernanza como formas distintas de gobierno del orden social y de regulación de la sociedad, acarrearán cambios evidentes en la manera de concebir el rol del estado, la asunción de los derechos, el papel de lo público y de lo privado. Adicionalmente, el texto examina el discurso de la responsabilidad social empresarial y qué implica, en escenarios locales específicos, la delegación, asunción, rechazo o negociación de responsabilidades sociales estatales por parte de una empresa.

En un primer apartado se expone sobre el proceso de globalización, transformación del estado y gobernanza neoliberal; en el segundo sobre el concepto de responsabilidad social empresarial ligado a la experiencia concreta en algunos de los municipios del oriente antioqueño donde ISAGEN implementa su gestión; por último algunas reflexiones finales.

Para contextualizar la experiencia es importante aclarar qué tipo de empresa es ISAGEN y cuál ha sido la gestión social que ha implementado en la zona del oriente antioqueño¹. Esta empresa es la tercera generadora de energía del país, con un capital mixto donde el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es el dueño mayoritario con el 57, 66% de las acciones; el resto está dividido entre Empresas Públicas de Medellín (12,95%), Fondos de pensiones (14,94%), accionistas extranjeros (7,18%) y minoritarios (7,27%). Con estas cifras, está claro que es en su mayoría una empresa estatal, sin embargo, y como se verá más adelante su lógica obedece a la racionalidad de empresa privada que ha ido moldeando la lógica empresarial en general en Colombia y a nivel mundial.

¹ El oriente antioqueño es una de las 9 subregiones en las que está dividido el Departamento de Antioquia. Está compuesto por 23 municipios.

Las áreas aledañas o de influencia de la empresa, están delimitadas de acuerdo con los impactos directos e indirectos derivados de la generación de energía y definidos en la Licencia Ambiental y en los Planes de Manejo aprobados por la autoridad ambiental. Para el caso de las centrales en el oriente de Antioquia se establecieron los municipios de San Carlos, San Rafael, San Roque, Santo Domingo, Granada, Concepción y Alejandría. En el caso de los primeros cuatro, pertenecen a la categoría quinta, de acuerdo con la clasificación nacional que define así a los municipios o distritos con población entre 10.001 y 20.000 habitantes y cuyos ingresos anuales sean entre 15.000 y 25.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv). Los otros tres municipios pertenecen a la categoría sexta, es decir que tienen una población igual o inferior a 10.000 habitantes y con ingresos anuales inferiores a 15.000 smlmv. Adicional a esto, estos municipios tienen una población rural superior a la urbana con niveles altos de necesidades básicas insatisfechas y bajos niveles educativos.

Esta claridad frente a la categorización es importante en tanto nos habla de municipios pequeños en número de población y con ingresos menores, lo cual tiene consecuencias en su estructura administrativa, capacidad de gestión e inversión de recursos y en el momento de negociar con una empresa los recursos de inversión en su territorio y la visión que tienen frente a la presencia de una empresa y la expectativa frente a su aporte.

Bajo el esquema de gestión definido por la empresa, se cubren tanto programas que obedecen a obligaciones de ley, como a programas complementarios (o voluntarios) que se han definido al interior de ISAGEN. Es así, como dentro de la inversión complementaria (o llamada en otros ámbitos *responsabilidad social empresarial*) existen tres programas fundamentales: Programa de Desarrollo Comunitario, Cooperación Interinstitucional e Iniciativas de Paz. Es en el marco de estos programas que se da la principal interacción a nivel de la gestión social con las alcaldías municipales y organizaciones comunitarias y sociales de los municipios arriba mencionados.

1. Globalización, transformación del estado y gobernanza neoliberal.

1.1 Declive del proyecto del estado de bienestar: transformación del estado y el proceso de globalización neoliberal.

En el contexto de globalización actual surge una pregunta frente a cuál es el rol de los estados frente a la sociedad y el ejercicio de los derechos, una vez se evidencia que el estado, como figura central del ordenamiento social, político y económico ha venido desplazándose. El estado ha ido ocupando el rol de un actor más en el juego mundial con la emergencia de nuevos actores en la escena política y económica como las compañías transnacionales, organismos multilaterales en el sector financiero, grupos armados insurgentes, mafias, entre otros, con mayor poder, incluso, que los estados mismos.

Para comprender esta transformación, es necesario remitirse al informe de la Comisión Trilateral de 1975 sobre la crisis de las democracias. Como lo plantea Estévez (2009), este informe señalaba que los ciudadanos y grupos de las sociedades democráticas estaban exigiendo un volumen excesivo de derechos y reivindicaciones, que sobrecargaban la capacidad de respuesta del estado y que por tanto, lo que se requería era que los mismos

ciudadanos dejaron de exigir tantas reivindicaciones. Aparecen entonces, la propuesta de la desregulación, la expansión del mercado y las liberalizaciones “que contribuyeron a disciplinar a la población, inculcaron planteamientos individualistas como filosofía de vida y redujeron los recursos asistenciales estatales” (Estévez, 2009: 20).

Este diagnóstico de la crisis de las democracias y por tanto, de la crisis de gobernabilidad de los estados, planteaba el tránsito inminente del estado central a la descentralización, de lo público a lo privado, del estado al mercado. Posteriormente con el Consenso de Washington² se impuso este régimen, abriendo las puertas de manera definitiva al gobierno del mercado. Desde la perspectiva de la crisis de las democracias y de la gobernabilidad la solución era la reducción del estado (su retiro de la esfera económica y de los servicios sociales).

Entre la década de 1986-1996, de acuerdo con Santos y Rodríguez (2007: 36) se dio con mayor ímpetu la retirada del estado del sector social y de la regulación económica; el gobierno del mercado como regulación social y también económica; la proliferación de las organizaciones de la sociedad civil, agregadas bajo la designación general de “tercer sector”, cuyo objetivo es satisfacer las necesidades humanas que el mercado no puede satisfacer y que el estado ya no está en condición de proveer. En resumen, como lo plantean estos autores, “los últimos treinta años se pueden resumir en la siguiente secuencia de conceptos: de la legitimidad a la gobernabilidad; de la gobernabilidad a la gobernanza” (ibíd.).

Como lo plantea Boaventura de Sousa Santos en el panorama actual de transnacionalización y del modelo económico neoliberal, la reducción del estado se evidencia en las mismas reformas que se han dictado para que su intervención en temas económicos, sociales y comerciales sea cada vez menor, dando paso a que entes privados asuman dichas responsabilidades y fortalezcan su poder y control. Santos dice, “en realidad, la soberanía de los países más débiles está ahora directamente amenazada no tanto por los estados más poderosos, como solía suceder, sino más bien por las agencias financieras internacionales y otros actores transnacionales “privados”, tales como las ETN” (1998: 82).

De acuerdo con Bustelo (1998:6), América Latina ha venido viviendo un cambio profundo desde la década de 1990: “se ha pasado de un modelo sustitutivo de importaciones con énfasis en el mercado interno y un fuerte rol estatal en la dirección del desarrollo, a un modelo de apertura económica, liderado por las exportaciones destinadas al mercado externo y en donde el rol más dinámico lo juega el sector privado. Esto ha dado surgimiento a una nueva relación entre lo estatal y lo privado, basada en la crisis de la anterior modalidad de primacía de la administración del Estado sobre la sociedad civil”, lo que evidencia que las transformaciones en el escenario económico, llevan inmersas transformaciones en el campo político.

2 El Consenso de Washington hace referencia a un conjunto de políticas económicas y de desarrollo definidas e implementadas a finales de la década de los años 80 por los organismos financieros internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Mundial). Estas políticas estaban dirigidas inicialmente hacia los países latinoamericanos pero posteriormente fueron ampliándose. Dichos lineamientos buscaban principalmente la liberalización financiera, privatización de las empresas públicas, desregulación del mercado, disciplina en el gasto público y recorte presupuestario de subsidios. Tomado de Bidaurratzaga, Eduardo <http://omal.info/spip.php?article4820>, última consulta enero 15 de 2014.

Para el caso particular de Colombia, pero quizá también para el resto de América Latina, la dificultad adicional al panorama arriba descrito, es que no sólo se pasó a un estado neoliberal sino que esa transición se dio sin haberse consolidado un estado de bienestar; es decir, un aparato estatal inconcluso, precario o simplemente con un desarrollo distinto al modelo de estado europeo pero que ha revelado siempre una fragilidad institucional, una presencia diferenciada en el territorio, sin control del monopolio de la violencia, con prácticas políticas clientelistas y corruptas, y sin capacidad para enfrentar las demandas sociales de la ciudadanía. Lo paradójico es que en el momento de firmar una nueva constitución política donde se apostaba por un el estado social de derecho se abría la economía al libre mercado a inicios de la década del 90.

La economía de mercado y el modelo neoliberal, fueron desmontando la convicción y el establecimiento de los derechos sociales como eje central de la construcción de sujetos en el escenario político. Los derechos sociales impulsados por el estado de bienestar, que pretendían satisfacer necesidades básicas en torno a la educación, la salud, la vivienda, el ingreso, de la población más vulnerable, han estado en el centro de la discusión sobre qué tanto debe responder el estado por éstos, garantizarlos a nivel constitucional, jurídico y político. Y las reformas al estado han focalizado su recorte en estos derechos de manera significativa y cada vez más tajante. Es así como las funciones estatales se han ido reduciendo al tema de la regulación y garantía de continuidad del mercado dejando de lado sus responsabilidades sociales y dando cada vez mayor protagonismo a actores económicos como las empresas.

Este escenario de gobernanza neoliberal ha planteado nuevas formas de regulación de la vida política, social y económica y de una nueva gestión administrativa. Como señala Boaventura de Sousa Santos (2007) la gobernanza surge cuando se hacen evidentes los límites del mercado como mecanismo de regulación social. De esta manera, el “monopolio natural” del estado frente a la economía, se reduce al tema político de la ley, la justicia y la seguridad, dejando por fuera de manera cada vez más inminente subordinando la política a la economía a través de la liberalización del mercado y la privatización (Jaramillo, 2012). Es decir, que se ha fortalecido el principio del mercado frente al principio de estado (Santos, 1998).

Este monopolio natural pasa a convertirse en un monopolio compartido, heterogéneo, donde los nuevos actores, como las empresas, cobran relevancia y protagonismo. En este sentido, además de erosionar el papel que la tradición liberal le había asignado al estado, las relaciones entre ciudadanos y estado pueden verse igualmente transformadas y afectadas.

Además de la transformación a nivel político, el modelo de desarrollo económico capitalista ha tenido como correlato el progreso de los países; un relato actualizado del proceso civilizatorio de occidente respecto al resto del mundo. Por un lado, este progreso se plantea en términos de avance tecnológico e ingreso de capital y, por el otro, en términos sociales pues se supone que lo económico arrastra, por inercia, el progreso social. Este modelo de desarrollo y su discurso de progreso, ha caminado de la mano con la transformación económica del estado y subyace al discurso neoliberal predominante actualmente en los estados latinoamericanos y a nivel mundial. Un estado avanzará siempre

y cuando se someta a las lógicas del mercado, que obedecen a su vez al desarrollo económico y tecnológico, la innovación y la libre transacción.

Las dimensiones de la soberanía estatal entran en tensión en los escenarios de disputa económica, política e incluso cultural del modelo de desarrollo y el neoliberalismo: las empresas han ido adoptando atributos que históricamente se asignaron a los estados soberanos y han puesto en cuestión la soberanía interna, tanto, “que pareciera que el Estado está delegando en terceros el ejercicio de su soberanía” (Puerta, 2011: 27). Pero la soberanía pasa también por la legitimación, y al interior de comunidades campesinas, en territorios de ausencia estatal, institucionalidad débil, no hay legitimación estatal, a veces ni siquiera por parte de sus propios funcionarios. Y este escepticismo viene, no sólo por la presencia y rol preponderante de las empresas, sino por la pérdida de la fe en el mejoramiento de las condiciones de vida (Ibíd.).

Para el sociólogo Boaventura de Sousa Santos, “ [...] La creación de los requisitos normativos e institucionales de operación del modelo centrado en el mercado implica, por tanto, una destrucción normativa e institucional tal que es posible que afecte no sólo las estrategias de acumulación del Estado sino también su hegemonía y sus estrategias de creación de confianza” (Santos, 1998: 81). Ligado a esto, pueden incrementarse las asimetrías entre los marcos jurídicos de orden nacional y las prácticas sociales de orden local, que a su vez, impacten los referentes simbólicos frente al estado y sus responsabilidades en contextos de frágil institucionalidad. Es posible que al estar la relación estado-ciudadanos mediada por un tercero, bastante poderoso como una empresa, puedan confundirse las responsabilidades frente al bienestar de los ciudadanos de un territorio específico y por ende, impacte el ejercicio de la ciudadanía, ya no basada en derechos sino en favores, o en la buena voluntad (filantropía) de los empleados o de la empresa misma. Sobre esto se volverá más adelante en el segundo apartado.

Retomando nuevamente a Santos (2001), resulta pertinente analizar la distancia entre las declaraciones funcionales y las prácticas efectivas (marcos legales vs prácticas sociales) en los escenarios de megaproyectos económicos, pues permite evaluar la eficacia de la administración pública, la efectividad de los derechos ciudadanos y en últimas la calidad del régimen político, y en este contexto las empresas han jugado roles trascendentales en los escenarios locales.

1.2. Gobernanza neoliberal: transformación de las relaciones entre el estado y la sociedad

La transformación del estado, el proceso de globalización y el surgimiento de un nuevo modelo de gobierno -la gobernanza- ha acarreado también transformaciones en las relaciones entre el estado y la sociedad.

De acuerdo con Estévez (2009: 20-21) “lo que importa en última instancia en el caso de la gobernanza es el mantenimiento del orden capitalista y no el fomento de la participación democrática. La gobernanza no trata de participación popular, ni de transformaciones sociales, sino de solución de problemas y de negociación entre sectores interesados. No cuestiona la correlación de fuerzas existentes ni se plantea objetivos redistributivos. Y el estado es el metarregulador, quien crea el espacio para la negociación entre los grupos de

intereses”. En este sentido, el estado aparentemente está presente, pero se trata de una presencia más débil en la medida de que desaparece el principio de soberanía. Retomando nuevamente a Estévez, la gobernanza “[...] se instaura en un espacio en el que el poder de los estados ha disminuido a favor de los mercados y los agentes económicos y comprende de forma articulada la desregulación, la *lex mercatoria*, la autorregulación, la nueva gestión pública y una nueva forma de tomar e implementar decisiones políticas (Ibíd.)

El neoliberalismo, además de la privatización antes expuesta, “ha implantado nuevas maneras de regular y una concepción distinta de relación entre lo público y lo privado” (Estévez, 2009: 1). Se habla también de la desregulación, pero más allá de eso, de acuerdo con este autor, son otras formas de regular. Lo cual puede entenderse como el retroceso, de la regulación realizada por el estado en el siglo XX, regulación en torno a los entes privados; había mayor intervención del estado en el funcionamiento del mercado. Pero adicional a la desregulación aparece la autorregulación. De acuerdo con Estévez, una manifestación de la autorregulación son los códigos de conducta, que regulan la responsabilidad social de las empresas. Estos códigos son unas reglas o normas elaboradas por las mismas empresas que se comprometen a cumplir pero no son vinculantes jurídicamente, en temas de derechos humanos (Principios Voluntarios, Guías Colombia) y en temas ambientales. Pero estos códigos son ineficaces por sí mismos, pues no son vinculantes más allá de la “buena voluntad” o la buena intención de una empresa y de sus empleados.

Este modelo de gobernanza en lugar de transformaciones sociales, propone la solución de problemas específicos, sin cuestionar y modificar sus causas estructurales; propone medidas paliativas de coyuntura sin generar discusión política en torno a las problemáticas sociales, ni participación ciudadana en la toma de decisiones. Por tanto, los derechos van perdiéndose como parte del ejercicio de la ciudadanía y de la construcción de sujetos políticos y van absorbiéndose como parte de condicionamientos externos -criterios de la gestión de una empresa- favores y privilegios de algunos ciudadanos; aquellos que estén dentro del área de influencia de una empresa específica *versus* aquellos que no hacen parte de ésta.

Adicional a la privatización de lo público, la gobernanza neoliberal ha implantado formas nuevas de funcionamiento de los entes públicos. Esta transformación ha consistido en la sustitución de la racionalidad burocrática por formas de gestión similares a las de la empresa privada. La empresa se ha presentado en estos últimos decenios como el modelo de organización a imitar en todos los ámbitos (Estévez, 2009: 6). Dentro de esta gestión aparece la solución de problemas (propia de la gobernanza) en reemplazo de la reclamación de derechos. Se condicionan además las decisiones sobre qué programa o proyecto apoyar; la empresa decide el área de influencia, qué líneas apoyar, qué programas y a quiénes y el asunto es que cuando lo direcciona a temas de derechos sociales, surge el debate de por qué no es el estado mismo quien decide. Pero los estados locales tienen, por un lado, carencias y debilidades administrativas, técnicas y económicas: son débiles, sin capacidad operativa, sin formación de los funcionarios en administración pública, sin perspectiva estratégica, sin recursos financieros suficientes. Por otro lado, están afectados por prácticas de clientelismo y corrupción (cuotas políticas, nepotismo). En este escenario, tanto los gobiernos locales como las comunidades aceptan las condiciones y reglas de la empresa porque se teme

perder el recurso económico y técnico que reciben a través de proyectos o inversiones sociales que cofinancia la empresa, que de otra manera no tendrían como conseguir.

Esto sucede, muy seguramente, con los subsidios estatales, proyectos de cooperación, fundaciones, etc. Pero hace parte del mismo modelo de gobernanza neoliberal actual con la delegación de las responsabilidades del estado a terceros. Y en este sentido, el asunto es que las partes defienden cada uno sus intereses particulares, como actores independientes, no como un asunto de derechos, de construcción de ciudadanía y las necesidades no se piensan ni se asumen como asunto de derechos sino de problemas y necesidades por resolver, lo que despolitiza la discusión y se vuelve un asunto exclusivamente económico, de subsidios o de cofinanciación.

La “cultura empresarial” se impone y las instituciones deben acoplarse a ella, a su eficacia y a su capacidad de innovación que se asume inherente a esto. Tanto las administraciones municipales como las organizaciones sociales, deben pensarse en el cumplimiento de objetivos, metas, resultados muchas veces definidos de acuerdo con los apoyos que reciben de terceros.

Las empresas condicionan al “co-financiar”, al igual que las agencias de cooperación; quien pone el dinero pone las reglas, claro ejemplo de la gobernanza. Se trata de incluir a las alcaldías y comunidades pero bajo las reglas de las empresas, bajo sus lineamientos y programas. Aunque haya concertación, la negociación está condicionada de antemano pues ya hay unos criterios preestablecidos, con unas líneas de apoyo y cofinanciación determinadas. De acuerdo con Estévez “se fuerza a las entidades públicas a actuar como si fueran empresas privadas y en el que las entidades privadas tienen el poder de evaluar y controlar la actividad de los entes públicos”, y “el peligro proviene de que se gestione con criterios propios de una empresa (eficacia, rentabilidad, consecución de objetivos fijados desde fuera, patrones de calidad establecidos en función de necesidades del “mercado”) o que se quede sometida al control de las empresas privadas” (Estévez, 2009: 9).

En este escenario, la lógica empresarial tiene la delantera. No sólo las empresas tienen el poder económico sino que han ido copando el escenario político. Como dice Ribeiro (2007: 187) “[...] los externos pretenden ordenar, planificar, guiar el futuro de una comunidad”, externos que aunque sean nacionales, no pertenecen al seno de la comunidad a la que llegan a impactar, como sucede en el caso de megaproyectos. Allí se evidencia una dicotomía: los objetivos y racionalidades de los planificadores versus el destino y la cultura de las comunidades. Y estos objetivos y racionalidades obedecen a la lógica del mercado y el modelo económico hegemónico, que el estado también ha asumido como directriz de su desarrollo. De acuerdo con Puerta (2011) el desarrollo opera como un dispositivo de poder, es una cosmovisión de la modernidad, que determina unas formas específicas de gestión del presente y del futuro, y en esta medida es un dispositivo de control y condicionamiento de los derechos.

2. Entre la responsabilidad social del estado y la responsabilidad social de la empresa

2.1 . Acercamiento a la responsabilidad social empresarial

Luego de hacer una reflexión sobre la transformación del estado y la transición del gobierno a la gobernanza, este último apartado pretende generar una reflexión crítica frente a la *responsabilidad social empresarial* como estrategia inserta en el modelo de la gobernanza neoliberal. Para esto, se iniciará con una breve descripción de lo que es la responsabilidad social empresarial, los mecanismos a través de los cuales ha querido implementarse en las distintas empresas para luego ir entrecruzando el análisis crítico frente al caso puntual de ISAGEN que aunque es un contexto específico da cuenta del modelo que se pretende analizar.

El discurso de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) aparece con mayor claridad en la década de los años 70, aunque puede incluso rastrearse desde finales del siglo XIX como aquellas obras caritativas y de carácter filantrópico de las empresas hacia sus empleados y familias y hacia la sociedad en general. En años más recientes, se ha hablado de *buenas prácticas* para mejorar condiciones laborales y prácticas justas de operación, respeto por los derechos humanos, al ambiente, protección del consumidor y evitar la corrupción y el fraude.

En general, dentro de las distintas corrientes que le apuntan a la RSE ven como eje central de su acción la contribución que deben hacer las empresas al desarrollo sostenible, más allá de generar beneficios y crecimiento económico para sí mismas y sus socios.

Así pues, han surgido iniciativas cuyo interés ha rondado pautas de comportamientos y buenas prácticas de carácter voluntario, que puedan promoverse e implementarse al interior de las empresas de manera que se logre el fin común planteado desde esta perspectiva: crecimiento económico más desarrollo sostenible. De acuerdo con Restrepo (2013: 35-43), algunas de estas iniciativas son:

- Los Objetivos de Desarrollo del Milenio: durante la cumbre del Milenio del año 2000, 189 países pertenecientes a la ONU se comprometieron a crear, a nivel nacional y mundial, un entorno propicio para el desarrollo y la eliminación de la pobreza y alcanzar unos objetivos con sus metas específicas para el 2015. Esta iniciativa convocó a los estados principalmente, y de manera tímida nombró las responsabilidades de las empresas, lo cual posteriormente se ha ido incorporando a través de otras iniciativas.
- El Pacto Mundial es un programa de la Organización de las Naciones Unidas que busca movilizar la comunidad empresarial internacional en la promoción de diez principios fundamentales abordando derechos humanos, derechos del trabajo, protección ambiental y combate a la corrupción. Por tratarse de principios aceptados por la mayoría de los gobiernos, se consideran universales (The Global Compact, 2010, <http://www.pactomundial.org>).
- El “Libro Verde” fue desarrollado por la Comisión de las Comunidades Europeas en el año 2001 y tenía por objeto iniciar un amplio debate sobre cómo fomentar la Unión Europea la responsabilidad social de las empresas, en particular sobre cómo aprovechar al máximo las experiencias existentes, fomentar el desarrollo de prácticas innovadoras, aumentar la transparencia e incrementar la fiabilidad de la evaluación y la validación. Esta Comisión definió la responsabilidad social de las empresas como un concepto al cual las empresas *deciden voluntariamente*

contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio. Y manifiestan que esta responsabilidad se expresa frente a los trabajadores y, en general, frente a todos los interlocutores de la empresa, que pueden a su vez influir en su éxito.

- La Guía para la elaboración de memorias de sostenibilidad (Global Reporting Initiative-GRI): modelo considerado el estándar internacional de balance social. Su primera versión fue lanzada en el año 2000. Su principal objetivo es la elaboración de una memoria de sostenibilidad que comprende la medición, divulgación y rendición de cuentas frente a grupos de interés internos y externos en relación con el desempeño de la organización con respecto al objetivo del desarrollo sostenible.
- Indicadores ETHOS: también surgen en el año 2000, creados por el Instituto Ethos, buscando ofrecer a las empresas una herramienta que las auxilie en el proceso de incorporación de la responsabilidad social en su gestión.
- Para el caso colombiano concretamente, se desarrolló en el 2011 la Guía Técnica Colombiana de Responsabilidad Social, a cargo del Comité Técnico Colombiano 180 del INCONTEC, vinculó a más de 200 organizaciones del país.
- Norma internacional UNIT- ISO 26000 del año 2010. El proyecto fue ejecutado por un Grupo de Trabajo de la ISO sobre Responsabilidad Social, que abarcaba múltiples partes interesadas, integrado por expertos y observadores de 99 países miembros de ISO - de los cuales 69 son países en desarrollo - y por 42 organizaciones del sector público y privado. Se contó con la representación de seis grupos principales de partes interesadas: industria; gobierno; trabajadores; consumidores; organizaciones no gubernamentales; de servicio, soporte, investigación y otros, así como con un equilibrio geográfico y de género de los participantes. En total participaron unas 400 personas, convirtiéndose así este grupo de trabajo en el más grande de la historia de ISO.

La definición planteada por esta guía ISO 26000 se refiere a la Responsabilidad de una organización ante los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y el medio ambiente, mediante un comportamiento ético y transparente que contenga como mínimo los siguientes aspectos: 1) Contribución al desarrollo sostenible, incluyendo la salud y el bienestar de la sociedad; 2) Consideración de las expectativas de sus partes interesadas; 3) Cumplimiento de la legislación aplicable y de manera coherente con la normativa internacional de comportamiento; y 4) Integración y puesta en práctica de lo anterior en toda la organización.

Es importante resaltar el objetivo claro de contribución al desarrollo, pero de igual manera a la salud y al bienestar de la sociedad, pues nos remite a lo ya analizado desde el discurso de la gobernanza como la asunción de responsabilidades estatales, planteadas desde el estado de bienestar. De igual manera, nos habla también de las expectativas de las partes interesadas, lo cual es esencial en cómo ISAGEN ha pensado su modelo de gestión y de intervención como un actor más en el territorio, y de ahí un interés particular por contribuir a mejorar condiciones de vida. Esto está planteado tanto en su misión como en su visión y

en el argumento del enfoque de RSE, de la gestión social. Es un interés genuino desde su gerente general, sin embargo se presenta una contradicción intrínseca al modelo de desarrollo neoliberal y a la gobernanza que por un lado pretende generar bienestar pero por medio de la privatización y no del fortalecimiento de lo público y la democracia.

De igual manera resulta importante hacer énfasis en la definición que esta Guía hace del desarrollo sostenible, pues da cuenta de la manera como se entiende el papel de las empresas en relación a la sociedad, a comunidades concretas con quienes se relacionan y por ende la manera como se concibe el desarrollo de una sociedad. El desarrollo sostenible entiende como la satisfacción de necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para suplir sus propias necesidades y a su vez enfatiza sobre la integración de las metas de una calidad de vida elevada, la salud y la prosperidad con justicia social y al mantenimiento de la capacidad de la tierra para conservar la vida en toda la diversidad. Estas metas sociales, económicas y ambientales se plantean como interdependientes y se refuerzan mutuamente y por esto el desarrollo sostenible puede considerarse como una vía para expresar las más amplias expectativas de la sociedad en su conjunto (Restrepo, 2013: 37).

Tenemos entonces un discurso consolidado sobre el aporte necesario de las empresas en pro de un bienestar definido desde los criterios que el marco de la gobernanza ha ido construyendo, como la solución de necesidades de personas y comunidades, que más allá de su carácter político, es reducido a la solución de problemas específicos y sobre los cuales las empresas no sólo tienen injerencia sino el compromiso de contribuir a su mejoramiento. Estas iniciativas muestran la consolidación no sólo del discurso sino de la práctica empresarial como actor esencial en la solución de necesidades de poblaciones específicas, pero no en tanto ciudadanos excluidos históricamente y a quienes se han vulnerado unos derechos sino en tanto hacen parte de un área geográfica delimitada de acuerdo a los impactos generados por las actividades de la empresa. Así, en un mismo municipio, hay veredas que entran a “beneficiarse” de los programas sociales de la RSE de la empresa, mientras otras siguen a la deriva con estados locales que no tienen como garantizar los derechos por su debilidad, bajo presupuesto, corrupción, etc.

Adicionalmente, estas áreas de influencia, si bien se definen de la mano con la autoridad ambiental en el caso de los proyectos hidroeléctricos, aún hay un fuerte debate sobre la delimitación de dichos impactos y por tanto de dichas áreas, lo que incluso ha permitido arbitrariedades por falta de claridad en los criterios de hasta dónde llega un impacto, hasta cuál vereda incluir en los planes de manejo ambiental y qué comunidades son las que quedan allí inmersas y con quienes se ejecutan los programas de RSE. Una empresa difícilmente invierte recursos en zonas por fuera de su área de influencia o grupo de interés. Esta delimitación es fundamental pues no podría tampoco hacerse inversión de recursos en cualquier lugar y menos si se trata de empresas con capital público, sometidas al control fiscal de la contraloría y la procuraduría. Lo importante de resaltar aquí, es que con esta definición de las áreas de influencia, en territorios específicos, la apuesta por resolver necesidades, atender derechos sociales vulnerados a través de la RSE, socava la construcción de la práctica de la democracia, pues la concepción de derecho se desdibuja en esta definición de atención de impactos que, sumado a la atención de necesidades específicas, no percibe a la población como ciudadanía sino como grupo de interés y como

su nombre lo indica hay un interés detrás de esto: generar un relacionamiento que permita un beneficio económico por medio de una actividad empresarial, a la que puede o no sumarse un beneficio social (dependiendo de la apuesta ética frente a la RSE) pero que no es el interés central de una empresa y que no es una obligación de ley, sino que depende de la voluntad de un presidente de empresa o gerente que decida invertir recursos más allá del crecimiento económico que esto pueda generarle.

2.2 . Reflexión sobre el caso de la gestión social de ISAGEN.

Anteriormente se ha hecho una descripción general de esta empresa, los pilares que fundamentan su actuar en el marco de su gestión social la cual se encuadra en la RSE y la manera como ha definido sus líneas de trabajo o inversión social. En este apartado, se tratará de ejemplificar las relaciones entre la empresa, los estados locales y las comunidades que dan cuenta del modelo de la gobernanza antes descrito y del condicionamiento de derechos, que aunque no sea su intención, ha ido generando.

Como parte de la misión de ISAGEN se plantea la capacidad de generación, producción de energía eléctrica y comercialización de soluciones energéticas en el marco de una gestión con enfoque al cliente, sentido económico y responsabilidad social y ambiental. Este último componente de responsabilidad resume la manera desde donde la empresa ha pensado y asumido la contribución que puede y debe realizar al entorno en el cual está inmersa, no sólo respecto al desarrollo económico del país sino en el ámbito social y ambiental, bajo la premisa de que una empresa es viable siempre y cuando el entorno en el cual se inserta sea igualmente viable. Siguiendo esta línea, en el discurso empresarial se ha incluido el concepto de Desarrollo Humano Sostenible como principio orientador de los programas sociales que le apuestan a la contribución de la calidad de vida de las comunidades vecinas, especialmente, pero también de los grupos de interés con los cuales la empresa se relaciona. Los *grupos de interés*, como se mencionó anteriormente, son una categoría que se deriva del concepto de responsabilidad social empresarial que engloba la gestión de la compañía y propende por la definición de las áreas de influencia o esferas sobre las cuales implementar su gestión.

Es importante considerar que dentro del discurso empresarial, la apuesta desde sus altos directivos es la de un marco de acción de la RSE asumida como una apuesta ética por la contribución al desarrollo del país, concebido como algo que debe ir de la mano con la construcción de un país más justo, equitativo, pacífico donde las personas puedan tener una vida digna y en paz con posibilidades de desarrollo para las generaciones presentes y futuras (ISAGEN, 2007).

De acuerdo con Rodríguez (2008), en general en el marco de las empresas, la responsabilidad de una organización se comprende desde dos perspectivas: La primera se refiere a la “responsabilidad exigible”, es decir, a aquellos compromisos u obligaciones que la organización debe cumplir en virtud a mandatos legales que exige el estado colombiano en tanto persona jurídica, pero también en temas ambientales regidos por el Ministerio de Ambiente como lo son el pago de transferencias de ley, impuestos y los programas del Plan de Manejo Ambiental. La segunda habla de la “responsabilidad interna” que va más allá de lo exigible y procura por una corresponsabilidad social de los actores de un territorio en tanto están en relación de interdependencia, lo cual requiere de una capacidad para asumir

las consecuencias de las propias actuaciones por lo que al entrar a un territorio específico, la organización, en este caso la empresa, entra como un actor más en el sistema social.

Desde el discurso de la RSE ha habido una argumentación clara y cada vez más fuerte sobre cómo las empresas deben ser, no sólo rentables económicamente, sino que deben contribuir también a generar desarrollo, bienestar, calidad de vida, valor compartido, relaciones de gana-gana entre éstas y la sociedad. Como se ha mencionado, dada la transformación del estado, el modelo económico y político neoliberal, la RSE emerge como producto también de estas transformaciones y ha ido copando y asumiendo responsabilidades sociales que históricamente habían sido asignadas al estado. Es así como encontramos dentro de las líneas de la gestión social de ISAGEN apoyo a proyectos y programas de servicios públicos (electrificación rural y saneamiento básico), alfabetización, conexiones viales, desarrollo comunitario, iniciativas de paz, deporte y recreación, entre otros.

En la ejecución de proyectos de inversión social, no es muy clara la diferenciación entre la responsabilidad social del estado y cuál la responsabilidad social de las empresas, pues en el escenario actual de gobernanza económica, de acuerdo con Santos y Rodríguez (2007:12) plantea relaciones entre actores no estatales (empresas, organizaciones cívicas, ONG, sindicatos y similares), en vez de la regulación estatal desde arriba.

Desde los años 40 del siglo XX se ha venido estudiando el potencial hídrico del país para proyectos energéticos. Y desde entonces, la lógica del desarrollo sigue siendo la misma: el desarrollo es un modelo civilizatorio (Serje, 2012: 18) gracias al cual el país en general, pero sobre todo las poblaciones vecinas a estos proyectos, saldrán de la difícil situación en la que se encuentran: niveles desigualdad, inequidad, dificultad en el acceso a servicios públicos, a la salud, a la educación, a algún tipo de empleo, a saneamiento básico, etc., y como si fuera poco muchos están en zonas de conflicto armado. Como lo plantea Cesar Rodríguez (2012: 54) para el proyecto hidroeléctrico Urrá I, “es la forma como un gobierno tradicionalmente centralista saldaría la deuda de desatención por la Costa” pero quizá opere de igual forma para las otras zonas donde se han construido o se planea hacer estas mega estructuras. Como lo plantea Escobar (2007) la lectura que reproduce la fábula de las poblaciones necesitadas de desarrollo y ayuda, alude a que las necesidades urgentes requieren la “liberación” a cualquier precio de los pobres de su sufrimiento y miseria.

Este discurso de progreso, es fácil encontrarlo no sólo en los ejecutores de las obras, sino en los mismos funcionarios públicos de las alcaldías locales. Aunque son conscientes de los impactos socio ambientales, éstos se minimizan y su discurso se alinea: estas empresas traerán “ganancias y desarrollo para la región” con el pago de las transferencias del sector energético, que sin duda aumentan el ingreso de varios municipios, que en general son categoría 6 y el desarrollo se ve reflejado en la inversión social y ambiental obligatoria (ley) y complementaria (RSE) que se realiza en proyectos de saneamiento básico, recuperación de las cuencas, generación de empleo, proyectos productivos, comunitarios, de educación, entre muchos otros.

Con el discurso de la RSE y su correlato del desarrollo, se generan dos tipos de sujetos, de acuerdo con Ribeiro (2007). Por un lado, están los sujetos pasivos, aquellos que se

convierten en objetos del imperativo desarrollista, relaciones de tipo patrón, tal vez de vasallaje. Por otro lado, son los sujetos activos que son aquellos que identifican posibles beneficios e intereses comunes con determinada iniciativa de desarrollo. El autor analiza estos sujetos según el acceso al poder y el acceso al conocimiento y a la información. El acceso al poder tiene que ver con ser capaz de controlar su propio ambiente y evitar ser objeto de la voluntad de aquellos extraños que vienen de afuera como fuerzas estructurales expansionistas. El acceso al conocimiento e información se refiere a la posibilidad de que los actores locales se capaciten para entender lo que está sucediendo y va a suceder con el proyecto de desarrollo a ejecutarse en un territorio determinado.

De acuerdo con las especificidades socioculturales, podría decirse, que el trasfondo de clientelismo político del país, ha determinado las relaciones comunidades-estado-empresas, sujetos que históricamente no han tenido ni el acceso al poder, ni el acceso al conocimiento: analfabetismo, exclusión, redes clientelares de los partidos tradicionales, ciudadanías asistidas, se profundizan al llegar un megaproyecto con su lógica del desarrollo, del progreso, pues en la empresa se ve el agente “salvador”, ya que el estado ha fracasado como proveedor de bienestar.

Es así como alcaldes y comunidades, unas más que otras, en los municipios del oriente antioqueño van apareciendo algunos como sujetos pasivos, otros como sujetos activos: unos con “listas de mercado” como ellos mismos lo nombran y otros con el interés de ir más allá de ese listado, aquellos que tienen un liderazgo más afianzado. No todos los municipios son iguales; al inicio de este período de alcaldes, en uno de los municipios antes mencionados, San Rafael, en una primera reunión para socializar la gestión de la empresa, el secretario de gobierno pidió apoyo para abastecer de gasolina a la policía del pueblo, subsidios para proyectos productivos, apoyo para carreteras, escuelas, vivienda, centros de salud, etc. Claramente, estas “listas de mercado” evidencian unas necesidades insatisfechas acumuladas en el tiempo y una deuda del estado por hacer que esto se resuelva. Pero además, la manera cómo se concibe a la empresa como un reemplazo del estado “proveedor”, desborda la dimensión de las problemáticas como asuntos de derechos vulnerados, no reconocidos y los limita al “y ustedes que nos van a dar”. En particular en este municipio de San Rafael se evidencia una dependencia mayor hacia la empresa, en parte puede ser porque es donde se encuentra ubicada la central de generación desde hace 25 años, que tiene por área de influencia cinco municipios de los arriba mencionados y eso se asume, como por derecho propio, que a manera de vaca lechera, debe ordeñarse continuamente. Salta a la vista una relación de mayor “vasallaje” de acuerdo con Ribeiro.

San Rafael cuenta con 54 veredas, de las cuales 13 hacen parte del área de influencia de la central de Jaguas³, y con las cuales se han ejecutado las distintas líneas de trabajo que tiene ISAGEN allí durante los 18 años que lleva la empresa (anteriormente ISA). Estas veredas han recibido recursos económicos de manera directa por casi dos décadas, apoyo técnico, auxilio médico pues la central hasta el año anterior tenía un centro médico y allí acudía la gente para ser atendida, pues el casco urbano está a más de dos horas en un transporte público deficiente y por vías en mal estado.

³ Jaguas es una de las tres centrales hidroeléctricas que tiene ISAGEN en la región del oriente antioqueño. Las otras dos son Calderas y San Carlos, ubicadas en el municipio de San Carlos.

En particular las veredas que colindan con los predios de la empresa se han caracterizado por tener una relación más paternalista con la empresa que las que están más retiradas geográficamente. La empresa no sólo presta los servicios arriba mencionados, sino que celebra la navidad, aporta kits escolares al inicio de año, celebra con los niños, apoya programas de educación ambiental, dona elementos dados de baja en las oficinas y genera algunos empleos para la gente de la zona. Sea por cercanía geográfica, por ver a la empresa como el “vecino rico”, por la debilidad y falta de presencia del estado local, por la pérdida de la fe en la garantía de bienestar del estado, el punto es que ante una problemática social, de acceso a recursos, de mejoramiento del entorno comunitario, de las escuelas, de salud, de seguridad alimentaria, de ingresos, a quien se acude en primera instancia es a ISAGEN. Cuando se aclara por qué la empresa no realiza determinadas acciones porque se salen de su marco de actuación previamente definido, o por falta de recursos o capacidad operativa, las personas se remiten a la administración municipal. El alcalde al tener esta demanda social se remite a la empresa y, en el caso de la administración actual de San Rafael, la postura de sus funcionarios públicos es de total paternalismo también hacia la empresa, sin asumir el compromiso que como estado local debería tener en la garantía de los derechos y la resolución de las problemáticas de una población vulnerable, encima afectada por la violencia, etc. Y espera que la empresa se encargue casi en la totalidad de la ejecución de un proyecto específico, por ejemplo de un proyecto productivo como un trapiche panelero, que al formularlo la alcaldía aporta el 10%, la comunidad el 20% e ISAGEN el 70%. Desde la empresa se trata de equilibrar estos aportes para que la alcaldía aporte al menos el 40%, pero a veces se logra en el proceso de negociación y a veces no. Más allá de una cifra económica, el mensaje que se va construyendo en el imaginario es la de que ISAGEN “debe ayudar porque tiene plata y nuestro municipio es pobre”, dejando de lado la discusión sobre las responsabilidades sociales como estado local, su compromiso como administrador público y la inversión adecuada de recursos públicos (estos municipios reciben transferencias del sector energético mensualmente). Desde las alcaldías y las comunidades la resolución de problemáticas específicas no se piensa en clave de derechos; no ha trascendido la idea de los favores, de la filantropía de la RSE, y por tanto se da la reclamación ante ISAGEN como se ha dado históricamente al estado en Colombia: como un padre proveedor que debe atender a las personas pero no porque su función sea de garante, sino porque tiene recursos; así en el momento en que el estado no tiene dinero, se traslada fácilmente esa responsabilidad al que sí lo tenga; una empresa, el vecino rico de la vereda, una agencia de cooperación, etc.

Sin embargo es cierto que no todos los alcaldes ni los funcionarios públicos, ni las comunidades tienen una mentalidad tan paternalista. Municipios como Alejandría y Concepción han logrado relacionarse de una manera menos clientelista con la Empresa, al menos durante esta última administración. Han, por lo menos, intentado proponerle a la empresa un modelo de intervención acorde con su Plan de Desarrollo, que al tener claridad frente a las líneas que quieren impulsar la negociación con la empresa cobra mayor equidad en el nivel de discusión y toma de decisiones. El discurso cambia, ya no es “qué nos van a dar” sino “cómo formamos alianzas estratégicas”. Es posible generar niveles de mayor horizontalidad para pensar la gestión en un territorio, cómo intervenirlo, cómo pensar su desarrollo. Ahora bien, es una tensión permanente de quién pone las reglas y los recursos y de qué tanto, se sigue apostando y fortaleciendo la solución de problemáticas para grupos

de interés concretos y no el asunto de las necesidades como un tema de derechos de una ciudadanía vulnerada.

Desde la lógica hegemónica del desarrollo, del neoliberalismo, del estado condicionado a lo mínimo, la ciudadanía parece cada vez más restringida y aminorada. De acuerdo con Bustelo (1998), el modelo de ciudadanía asistida predominante hoy en día, apunta a la no preocupación por la distribución del ingreso y la riqueza ya que las desigualdades son vistas como naturales y fruto del triunfo de los más aptos y por tanto las políticas sociales estatales son meros mecanismos de control social que buscan la gobernabilidad necesaria para la legitimación de reformas estructurales exigidas por el mercado. Dentro de esta perspectiva, la RSE es el punto de partida para el relacionamiento con la sociedad y ha ido profundizando las relaciones clientelistas que antes existían con el estado, ahora se trasladan a la empresa. Los alcaldes se relacionan, en muchos casos, con las veredas más lejanas que coinciden con ser “las vecinas de ISAGEN”, es a través de la relación con la empresa, pues se condiciona la inversión de recursos allí; de acuerdo con lo que vaya a poner la empresa, el municipio da su aporte y también la comunidad, pero en muchos casos sólo se cuenta con el tipo de proyectos que haga la empresa en estos lugares más lejanos de las cabeceras municipales. La tensión es de doble vía, la empresa también condiciona al gobierno local: “si usted alcalde da recursos para x propuesta, yo voy también”, lo que condiciona una problemática social a una decisión de *buenas voluntades para negociar* que puede corresponder a una visión amplia e incluyente frente a lo social desde un estado local y la apuesta ética de una empresa, o como un asunto de beneficios particulares (ganar votos para las próximas elecciones, pago de favores políticos, ganar buena imagen corporativa). Este condicionamiento se da por un lado por el interés particular (empresa, funcionario público, líder comunal) que hay detrás de apoyar determinado proyecto social; también porque los “beneficiarios” del proyecto se definen, no por la situación de precariedad, vulneración de derechos y exclusión sino por criterios de la empresa de acuerdo a su área de influencia y sus objetivos estratégicos.

Adicionalmente al condicionamiento de los derechos arriba mencionado, desde las alcaldías se generan relaciones de dependencia con la empresa de éstas y de las comunidades. Por un lado, sin los recursos económicos de los impuestos y las transferencias, sus presupuestos anuales serían aún más irrisorios, pero aún más porque las empresas se han convertido en “aliados estratégicos”, tal como se evidencia constantemente en los discursos de los funcionarios públicos de alcaldías, corporaciones regionales, etc., aliados que apalancan sus planes de desarrollo con recursos económicos adicionales para proyectos específicos, que muchas veces incluso, desde los términos de referencia del mismo estado para proyectos de tipo educativo (ejemplo parques educativos de la Gobernación) promueve este tipo de alianzas. Es común escuchar que debe “hacerse gestión” con los aliados, y las empresas juegan un papel esencial en estas alianzas, que muchas veces por no tenerlas los municipios pueden perder parte de la cofinanciación de entidades nacionales o departamentales. Estas alianzas, eje central de la gobernanza neoliberal obliga entonces a los estados locales a negociar de manera permanente con las empresas, pero el punto crítico es que detrás de esta negociación siempre hay un temor inminente de que se deteriore la relación con la empresa y ésta decida dejar de invertir recursos de la RSE o disminuya la cantidad, pues la empresa tiene la potestad de decidir si trabaja con el estado o lo deja por fuera, mientras las administraciones locales, por las dificultades ya conocidas, verían afectadas parte de sus

finanzas pero sobre todo los indicadores de gestión anuales con los cuales los miden y de los cuales dependen parte de la asignación presupuestal nacional.

Frente a las comunidades, podría pensarse que las intervenciones de la empresa (porque además se habla de “proyectos de intervención o inversión social” es decir que se interviene, modifica un grupo social determinado) estarían reforzando estas *ciudadanías asistidas* en tanto si la alcaldía no participa de dichas intervenciones o si la empresa no la involucra para la toma de decisiones frente a determinado proyecto, se va incurriendo, aún más, en la minimización de la intervención estatal y se refuerza la idea de que es la empresa quien responde socialmente. Esto, incluso, pasa por decisión de las mismas autoridades locales que justificado en temas presupuestales y fondos insuficientes, como ya se mencionó delegan la responsabilidad en la empresa. Y en este sentido, con la ciudadanía asistida no hay una inserción plena en el escenario sociopolítico (Jaramillo, 2012) de los ciudadanos, pues las comunidades también temen perder “el apoyo de ISAGEN”, y se acomodan a las exigencias de la empresa, los proyectos que formulan deben estar alineados con las líneas que tiene la empresa de lo contrario no tienen partida presupuestal. Así, la priorización de necesidades al interior de una organización comunitaria está sujeta a las condiciones de la empresa, y muchas veces dejan de gestionar y buscar otros recursos de la administración municipal, la corporación regional u otra entidad nacional, y se supeditan a los criterios de la empresa, por tanto quien termina decidiendo qué es lo necesario e importante dentro de una comunidad es la empresa misma, limitando el empoderamiento, la decisión y la participación comunitaria para la toma de decisiones internas y la manera cómo podrían pensarse en tanto sujetos políticos y activos en la decisión de su porvenir.

3. Consideraciones finales.

En las páginas anteriores se ha intentado mostrar que dentro del marco de la globalización y gobernanza neoliberal, la responsabilidad social empresarial ha ido copando el espacio de la responsabilidad social asignada históricamente al estado. Este traslado de responsabilidades ha conllevado la privatización y el condicionamiento de los derechos, asumidos desde la práctica como favores y parte de la buena voluntad de empresas y funcionarios, socavando el papel de lo público y la construcción de ciudadanías democráticas.

Lo anterior se desarrolló en 4 subcapítulos. En los dos primeros se planteó la transformación del estado, el proceso de globalización y el surgimiento de la gobernanza neoliberal en las últimas cuatro décadas, que ha propendido por la reducción del aparato estatal y la privatización de los derechos sociales como parte de la estrategia económica para enfrentar la llamada *crisis de la democracia* y la necesidad de restringir los gastos estatales y mejorar su eficiencia fiscal. Esta transformación del estado ha llevado a que el mercado sea el regulador por excelencia de la vida política, social y económica.

En los dos últimos subcapítulos, se abordó el tema de la responsabilidad social empresarial, se expusieron los principales argumentos que la soportan y una mirada crítica al caso puntual de la gestión social de ISAGEN. Se planteó cómo la RSE está inserta en la estrategia de la gobernanza neoliberal y cómo propende de igual manera, por la privatización de los derechos y su condicionamiento al plantear soluciones de necesidades a

poblaciones definidas no como ciudadanos excluidos y vulnerados sino como parte de unos grupos de interés que estratégicamente se delimitan al interior de la empresa, transformando el concepto de derecho en soluciones estratégicas puntuales, a veces de carácter filantrópico que, si bien apuntan a contribuir al bienestar de una población, al no ser el estado quien direcciona esto, pierde la noción de derecho como una garantía política, jurídica y constitucional, y se queda en la acción filantrópica y en la continuación de una ciudadanía asistida y no de carácter democrático.

BIBLIOGRAFÍA.

Bidaurratzaga, Eduardo (s.f). Consenso de Washington. Diccionario crítico de empresas transnacionales. Observatorio de multinacionales en América Latina. En: <http://omal.info/spip.php?article4820>. Consultado por última vez, 15 de enero de 2014.

Bustelo, E. (1998). Expansión de la Ciudadanía y Construcción Democrática. En: Bustelo – MINUJIN (Editores). Todos Entran. Propuesta para Sociedades Excluyentes. Bogotá:

UNICEF – Colección Cuadernos de Debate; Editorial Santillana.

Escobar, A. (2007). La invención del tercer mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo. Caracas: Fundación Editorial el perro y la rana.

Estévez, José Antonio. (2009). Que no te den gobernanza por democracia. En: Revista Mientras Tanto, 108-109, enero, p. 33-49.

Jaramillo, J.E. (2012). La Globalización Neoliberal y el Constitucionalismo. Un análisis sobre las relaciones entre los procesos políticos y económicos de la globalización neoliberal, con el discurso y la práctica constitucional en Colombia. Tesis para optar al título de Magíster en Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia.

ISAGEN S. A. E.S.P. (2007). Informe de gestión ambiental: social y biofísica. Medellín.

Lins Ribeiro. (2007). Poder, redes e ideología en el campo del desarrollo. En: Tabula Rasa, No 6, 173-193.

Prieto Martín, Pedro (2003). De la gobernabilidad a la gobernanza local: marco conceptual y metodológico. Doctorado sobre Sociedad de la Información y el Conocimiento. Seminario de investigación sobre eGovernance: Información política en la red. Tomado de <http://www.kyopol.net/docs/PedroPrieto.GobernabilidadYGobernanzaLocal.pdf>

Puerta Silva, Claudia. (2011). Megaproyectos y grupos étnicos: Reflexiones sobre la autodeterminación y los derechos condicionados. En: Ramírez, Patricia (comp.), Memorias de la Cátedra Hernán Henao Delgado 2011, Universidad de Antioquia, Medellín.

Restrepo, Beatriz Elena. (2013). Tesis para optar al título de Magíster en Desarrollo. Universidad Pontificia Bolivariana.

Rodríguez, Ana Luz (2008). Módulo 1: El enfoque de la Acción sin Daño. Diplomado Acción sin daño. Universidad nacional de Colombia. En: <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:R0py2xtWSVkJ:www.cercapaz.org/apc-aa-files>. Consultado por última vez, 30 de septiembre de 2011.

Rodríguez, C. y Natalia Orduz. (2012). Adiós Río. La disputa por la tierra, el agua y los derechos indígenas en torno a la represa de Urrá. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

Santos, B. de S. (1998). La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Servicios Legales Alternativos.

_____ y Mauricio García Villegas. (2001). El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis sociojurídico. Introducción. Bogotá: Siglo del Hombre.

Santos, B de S. y César Rodríguez (2007). El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita. Barcelona: Anthropos.

Serje, M. (2012). Introducción. Desarrollo y conflicto. En: M. Serje (comp.) *Desarrollo y conflicto. Territorios, recursos y paisajes en la historia oculta de proyectos y políticas* (pp. 1-27). Bogotá: Universidad de los Andes.

Shamir, Ronen (2007). La responsabilidad social empresarial: un caso de hegemonía y contrahegemonía. En: Santos y Rodríguez, eds. El derecho y la globalización desde abajo. Barcelona: Anthropos.