

# Sobre la Constitucionalización del Derecho y otros problemas actuales

COMPILADORES

Yezid Carrillo de la Rosa

Ricardo Andrés Cano Andrade







# SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y OTROS PROBLEMAS ACTUALES

COMPILADORES  
Yezid Carrillo de la Rosa  
Ricardo Andrés Cano Andrade

## PRODUCTO DE INVESTIGACIÓN

**Proyecto de investigación:** Problemas Actuales de la Teoría del Derecho  
**Grupo de investigación:** Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales - PHRONESIS



**Universidad Libre, sede Cartagena**

**SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN  
DEL DERECHO Y OTROS PROBLEMAS  
ACTUALES**

**Compiladores**

Yezid Carrillo de la Rosa  
Ricardo Andrés Cano Andrade

**ISBN DIGITAL**

978-958-8621-92-0

**Editorial Universidad Libre**

**Asistente editorial:**

Enilda Llamas Sossa

**Diseño y diagramación:**

Diana Alvis Alzamora

Universidad Libre  
Pie de la Popa, Calle Real No. 20-177  
Cartagena de Indias, Colombia  
América del Sur.  
Teléfonos: 605 6932344 ext 4051

Agosto de 2023



Licensed under a Creative Commons  
Reconocimiento-No Comercial-  
Compartir  
-Iguar 4.0 Internacional License

# AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

## **AUTORIDADES NACIONALES**

### **PRESIDENTE NACIONAL**

Jorge Orlando Alarcón Niño

### **VICEPRESIDENTE**

Jorge Gaviria Liévano

### **RECTOR NACIONAL**

Edgar Ernesto Sandoval Romero

### **CENSOR NACIONAL**

Ricardo Zopó Mendez

### **DIRECTOR NACIONAL DE INVESTIGACIONES**

Gabriel Andrés Arévalo Robles

## **AUTORIDADES SECCIONALES**

### **RECTOR**

Armando Noriega Ruiz

### **DECANA FACULTAD DE DERECHO**

Lourdes Villadiego Coneo

### **DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS, ADMINISTRATIVAS Y CONTABLES**

Martín Alonso de Mares Salas

### **DIRECTORA DE INVESTIGACIÓN**

Zilath Romero González

### **DIRECTORA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO**

Elfa Luz Mejía Mercado

### **DIRECTOR DEL CONSULTORIO JURÍDICO Y CENTRO DE CONCILIACIONES**

Hernán D. Nicholls G.

# COMITÉ CIENTÍFICO-EDITORIAL

Armando Noriega Ruiz  
Lourdes Villadiego Coneo  
Efraín Bohórquez Ruiz  
Elfa Luz Mejía Mercado  
Karen Páez Payares

# TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	15

## Capítulo I

### LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL URBANÍSTICO DE COLOMBIA:

<b>Límites al particular frente a la actividad urbanística</b>	<b>17</b>
<i>Ronaldo Figueroa Puello</i>	
INTRODUCCIÓN	19
EL PARTICULAR FRENTE A LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA.	20
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	21
FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD	29
DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE LAS CARGAS Y LOS BENEFICIOS	33
CONCLUSIONES	35
REFERENCIAS	38

## Capítulo II

### DE LA VALORACIÓN PROBATORIA EN LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS:

<b>Una mirada a los estándares probatorios en el ordenamiento constitucional colombiano</b>	<b>41</b>
<i>Ricardo Andrés Cano Andrade, Fernando Luna Salas</i>	
INTRODUCCIÓN	43
LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS EN COLOMBIA	45
<i>La Sana Crítica</i>	47

EL PROBLEMA LATENTE: LA VERDAD EN EL PROCESO	49
<i>La distinción entre Verdad Material y Verdad Procesal</i>	51
<i>Glosa respecto a la eficacia probatoria; y la verdad como fin del proceso</i>	56
LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA: EL UMBRAL DE LA VALORACIÓN PROBATORIA	59
<i>De los estándares de prueba: más allá de toda duda razonable; y la probabilidad prevalente.</i>	60
<i>Las dificultades de los estándares probatorios en el sistema procesal colombiano</i>	63
<i>Nuestra postura</i>	64
CONCLUSIONES	68
REFERENCIAS	68

### **Capítulo III**

#### **ELEMENTOS EXTRAJURÍDICOS QUE CONSAGRARON LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL:**

<b>Análisis de los factores externos que influyeron en el caso <i>Madison vs. Marbury</i></b>	<b>73</b>
<i>Ricardo Andrés Cano Andrade, Oscar Manuel Ariza Orozco, Yezid Carrillo De La Rosa</i>	

INTRODUCCIÓN	75
ANTECEDENTES JURÍDICOS E IDEOLÓGICOS	76
TRASCENDENCIA POLÍTICA	82
TRASCENDENCIA ECONÓMICA	89
CONCLUSIONES	93
REFERENCIAS	95



**Capítulo IV****RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO  
POR ERROR JUDICIAL TIPIFICACIÓN DEL CONTROL  
INTERNO DE CONVENCIONALIDAD:**

**Deliberaciones desde una dogmática comparativista  
contextual por vía de la adjetivación del bloque de  
convencionalidad** **97**

*Henry Valle Benedetti, Melisa Caro Benítez*

INTRODUCCIÓN **99**

ELEMENTOS HERMENÉUTICOS PARA APLICACIÓN  
DE UNA DOGMÁTICA COMPARATIVISTA POR VÍA  
DEL BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD **99**

RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL BLOQUE DE  
CONVENCIONALIDAD REGIONAL O GLOBAL Y  
SU APLICACIÓN POR EL JUEZ INTERNO **104**

ALTAS CORTES INTERNACIONALES ENTES  
TIPIFICADORES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL  
ESTADO JUEZ Y ORGANISMOS DE CIERRE PARA  
JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES **109**

REFERENCIAS **121**

**Capítulo V**

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO  
PENAL COLOMBIANO: Relación sociedad-derecho** **125**

*Álvaro Salgado González, Edgardo Manuel Serpa Sua,  
Carolina García Tarrá*

INTRODUCCIÓN **127**

INTERRELACIONAMIENTO ENTRE MODELO ESTATAL Y SISTEMA DE DERECHO PENAL	129
<i>Edad primitiva</i>	129
<i>Edad media</i>	131
<i>Las luces de la ilustración iluminan el derecho penal:</i>	
<i>el surgimiento del Estado de Derecho Liberal</i>	132
<i>El surgimiento del Estado Social de Derecho</i>	135
<i>A modo de síntesis</i>	137
RELACIÓN CONSTITUCIÓN-DERECHO PENAL EN COLOMBIA	137
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL A PARTIR DE LA CPC DE 1991	142
<i>El papel del juez constitucional en la creación de políticas públicas (y política criminal)</i>	142
<i>Función limitadora del juez constitucional en materia de delitos</i>	152
Despenalización de la eutanasia y de la asistencia médica al suicidio	153
<i>Despenalización progresiva del aborto</i>	158
<i>Despenalización del consumo de estupefacientes</i>	166
<i>Constitucionalización del derecho procesal penal: hacia la reconsideración de la víctima como sujeto de derechos</i>	170
<i>Juez constitucional como excepcionador de la ley</i>	173
CONCLUSIONES	176
REFERENCIAS	178

<b>Capítulo VI</b>	
<b>EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA</b>	<b>187</b>
<i>Joe Caballero Hernández, Yezid Carrillo De La Rosa, Daniel Flórez Muñoz</i>	
INTRODUCCIÓN	189
ETAPA DE INEXISTENCIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	191
<i>Etapa de creación del mecanismo de control de constitucionalidad</i>	191
<i>Supresión del mecanismo de control de constitucionalidad</i>	195
RESURGIMIENTO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	196
DICTADURA: CENSURA DEL PANORAMA POLÍTICO	198
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DESDE LA CPC DE 1991	201
CONCLUSIONES	204
REFERENCIAS	204
<b>Capítulo VII</b>	
<b>LAS UNIONES MARITALES DE HECHO EN LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO: Análisis desde la jurisprudencia constitucional</b>	<b>207</b>
<i>Ahneyenzy Carrillo Velásquez, Yezid Carrillo De La Rosa, Alfonso Fernando A. Carrillo Velásquez</i>	
INTRODUCCIÓN	209
PERÍODO LIMITATIVO DE DERECHOS	210

<i>Sobre el régimen patrimonial</i>	210
<i>Compañeros permanentes y derecho a la salud y pensiones</i>	211
PERÍODO EXTENSIVO DE DERECHOS	213
REFERENCIAS	224
<b>Capítulo VIII</b>	
<b>LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA: BREVES CONSIDERACIONES</b>	<b>227</b>
<i>Héctor Varela Contreras, Andrés Antonio Alarcón Lora, Andrea Carolina Meza Herrera</i>	
INTRODUCCIÓN	229
EL ANDAMIAJE TEÓRICO DE LA CONCILIACIÓN	229
<i>Teoría trialista de la conciliación</i>	230
<i>Teoría del Conflicto y Mecanismo de Solución</i>	231
<i>Teoría de la Tutela Judicial Efectiva</i>	231
LA CONCILIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	233
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA	237
BREVE REFLEXIÓN CONCLUSIVA	240
REFERENCIAS	241

# PRESENTACIÓN

La presente obra corresponde a los resultados del proyecto de investigación *Problemas Actuales de la Teoría del Derecho*. Proceso académico efectuado bajo el apoyo institucional de la Universidad Libre de Colombia en su sede de Cartagena de Indias.

Es en este espacio académico, el grupo de investigación *Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales, PHRONESIS*, cación de su línea de investigación sobre *temas y problemas de la teoría del derecho*, afronta un análisis detallado desde diferentes perspectivas del derecho constitucional y su relación con el ordenamiento jurídico colombiano. En estos estudios se identifica la necesidad de estudiar, en el marco de nuestro problema central de investigación, el fenómeno de la constitucionalización del derecho y cómo este representa uno de los aspectos básicos del cambio de paradigma constitucional latinoamericano, que, por ende, constituye un núcleo base de análisis para gran parte de los problemas y tendencias contemporáneas del derecho colombiano.

En este sentido, es importante considerar dos cosas centrales sobre la cuestión: en primer lugar, dentro de la labor específica que aquí se desarrolla, el interés de los análisis efectuados solo recae en entender el papel del marco constitucional dentro del pensamiento jurídico colombiano, evidentemente influenciado por un derecho de posguerra pensado más desde las garantías contenidas en sus normas que en sus formas; en segundo lugar, se toma el concepto de constitucionalización de la escuela de

Génova, toda vez que esta entiende dicho concepto como proceso de transformación de un ordenamiento. Al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales, siendo este el debate central propuesto, lo que el mismo profesor Guastini denominaría como constitución invasora.

Así, este trabajo destaca la ventaja de aplicar la constitucionalización como fenómeno y no como otro tipo de contenido jurídico, puesto que nos permite entender la figura dentro del marco de actuación constitucional en cualquier proceso o procedimiento jurídico del ordenamiento. Esto es, reconocer la aplicación de la figura o fenómeno dentro de cualquier actuación judicial o administrativa, la carencia de la misma dentro de un proceder, su invocación en medios jurisprudenciales o su desapego en alguna ley o acto administrativo. Con esto se busca llegar al plano de utilidad de decidir o analizar su uso dentro de un alegato; su invocación dentro de un proceso mal desarrollado o la conveniencia de la figura dentro los intereses del proceso, etc.

En suma, esta compilación expone diferentes puntos específicos, necesarios para la rigurosidad del trabajo y que sustraen problemas centrales de diferentes áreas del derecho colombiano: civil, internacional, administrativo, etc., que referencian los desafíos y consecuencias centrales del fenómeno de la constitucionalización y cómo esta ha trastocado los cimientos de la estructura jurídica colombiana.

**Ricardo Andrés Cano Andrade**  
**Compilador**

# ÍNDICE DE ABREVIATURAS

CPC	Carta Política/Constitución Política de Colombia/Constitución Nacional
CCC	Corte Constitucional de Colombia
CGP	Código General del Proceso
CPP	Código de Procedimiento Penal
CRC	Congreso de la República de Colombia
CC	Control de Constitucionalidad
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DFFF	Derechos Fundamentales
DDHH	Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DP	Derecho Penal
ECI	Estado de Cosas Inconstitucional
ESD	Estado Social de Derecho
Estado S&DD	Estado Social y Democrático de Derecho

FS&E de la propiedad	Función Social y Ecológica de la Propiedad
MASC	Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos
OJC	Ordenamiento Jurídico Colombiano
PL	Principio de legalidad
PDMD	Plan de Desarrollo del Municipio o Distrito
POT	Planes de Ordenamiento Territorial
Po. P.	Políticas públicas
PP	Proceso penal
RSC	Reglas de la Sana Crítica
TGD	Teoría General del Derecho
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos



## **CAPÍTULO I**

# **LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL URBANÍSTICO DE COLOMBIA: Límites al particular frente a la actividad urbanística**

*Ronaldo Figueroa Puello*



## INTRODUCCIÓN

La configuración y el ejercicio del urbanismo, como disciplinas capaces de transformar el interés colectivo, son, sin duda, herramientas con las que cuenta el Estado para cumplir el interés general. Empero, hoy, a raíz de la implantación del principio de participación democrática y de la asunción de un rol más activo por parte del administrado en la configuración y realización de la actividad administrativa, la función pública de urbanismo en cabeza única y exclusivamente del Estado sale de su concepción clásica y entra en un proceso de democratización en el que el urbanismo también es ejercido por los particulares.

En ese proceso de estructuración de un urbanismo democratizado, dentro del ESD contemporáneo, se plantea sin más la problemática de las formas de participación que el administrado puede asumir frente a la actividad urbanística; pero, al mismo tiempo, se plantea la cuestión sobre cuáles son los límites de esa participación. Es el choque que tradicionalmente se ha producido entre el ordenamiento jurídico como principal instrumento de la administración y la iniciativa privada con intereses desregulatorios que busca, por todos los medios posibles, lograr desde su óptica privada la conformación y estructuración de lo público.

Así, procederemos a identificar en el OJC los límites que se imponen a la participación de los particulares en el ejercicio de la función pública de urbanismo. Se trata en suma de verificar si el particular efectivamente participa en el OJC, bajo qué formas y por medio de qué barreras infranqueables a su libertad de actuación se limita su intervención.

## EL PARTICULAR FRENTE A LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA

Es claro que la relación que subyace entre la disposición del territorio y el urbanismo permite elaborar el concepto de urbanismo como función pública orientada a la consecución de los fines señalados en la Ley 388 de 1997, por lo que su tratamiento sobrepasa las meras consideraciones de la propiedad para asentarse en la órbita de decisiones públicas, lo cual justifica la imposición de límites al ejercicio del particular con relación a la actividad urbanística.

En ese mismo sentido, la CCC ha señalado que “no cabe duda de que las decisiones básicas sobre el fenómeno del urbanismo se han disociado de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad y que la Administración ha recogido como función pública ineludible la de atender normativa y operativamente sus problemas”<sup>1</sup>.

Así las cosas, los principios que fundamentan el ordenamiento del territorio, además de elevarse como orientadores de tal actividad, se erigen como auténticos límites a la participación del particular en la gestión urbanística. Como principio orientador fundamental de cualquier actividad pública tenemos el principio de legalidad, como límite que opera en doble vía (hacia la administración o hacia el administrado), como se verá con posterioridad. Por otra parte, están los principios consagrados en La ley 388 de 1997:

**“Artículo 2º.- Principios. El ordenamiento del territorio se fundamenta en los siguientes principios:**

1 Corte Constitucional. Sentencia - T 508 de 1992. Magistrado ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Expediente No. T-2416.

1. *La función social y ecológica de la propiedad.*
2. *La prevalencia del interés general sobre el particular.*
3. *La distribución equitativa de las cargas y los beneficios”.*

## PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En primera medida, el PL se erige como un límite a la actividad de la administración, en el entendido de que se pretende mediante este la sujeción de las decisiones y de las actuaciones de la administración a la Constitución y la ley, por lo que se encuentra en estrecha relación con el principio de seguridad jurídica, según el cual toda decisión estatal debe basarse en las leyes y no en la voluntad particular de los funcionarios gubernamentales.

Sin embargo, en el marco de las relaciones entre el Estado y los particulares naturalmente no solo surge la obligación por parte del Estado de adecuar su actividad a la ley, sino que también se le impone al particular la obligación de sujetar su actividad, cualquiera que esta sea, a las disposiciones superiores. Lo anterior ocurre independientemente de si dicha actividad se surte en el marco de sus roles como sujeto pasivo de la actividad administrativa o como figura activa frente a dicha actividad, de acuerdo a la clasificación aportada por García De Enterría. Dichas restricciones al ejercicio son las que se tienen como límites a la actividad del particular frente al urbanismo.

Lo anterior presupone una limitación a los derechos de los particulares cuando ejecuten acciones más allá de la órbita meramente particular o individual. En otras palabras, cuando se comprometan el interés general y la convivencia entre los asociados.

Es menester aclarar, siguiendo los planteamientos de Santofimio Gamboa, que dentro de los límites que impone el PL al administra-

do en materia urbanística se incluyen las disposiciones contenidas dentro del PDMD, las determinantes del ordenamiento territorial establecidas en normas superiores y los principios que orientan el ordenamiento del territorio, en el entendido de que estos en conjunto hacen parte del ordenamiento jurídico urbanístico.

En virtud de este principio, se tiene que toda actuación del particular está condicionada, limitada o si se quiere restringida por el conjunto de disposiciones que integran el ordenamiento jurídico urbanístico. Tal disposición se evidencia con claridad en los llamados determinantes de los POT, que establecen unas disposiciones de carácter imperativo y que determinan la definición del ordenamiento del territorio, junto con las prioridades del PDMD según el caso. Dentro de estas determinantes encontramos directrices de tipo ambiental, de desarrollo económico, social y cultural, que limitan la actuación del particular.

A este respecto, ilustra en gran manera el artículo 3 del Decreto 879 de 1998, por el cual se reglamentan las disposiciones referentes al ordenamiento del territorio municipal y distrital, y a los POT, especialmente las contenidas en la **Ley 388 de 1997**:

*“En la definición del ordenamiento territorial, se tendrán en cuenta las prioridades del plan de desarrollo del municipio o distrito y los determinantes establecidos en normas de superior jerarquía que son:*

- 1. Las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales.*
- 2. Las políticas y normas sobre conservación y uso de las áreas e inmuebles que son patrimonio cultural.*

*3. El señalamiento y localización de las infraestructuras de la red vial nacional y regional, los puertos y aeropuertos y los sistemas de suministros de agua, energía y servicios de saneamiento básico.*

*4. Los componentes de ordenamiento territorial de los planes integrales de desarrollo metropolitano en cuanto sean aplicables”.*

Así las cosas, en atención a la normatividad antes citada, las disposiciones enumeradas van configurando los límites referidos al particular, puesto que la expresión “se tendrán en cuenta” contenida en la norma no representa una mera sugerencia para la definición del ordenamiento territorial, sino que por el contrario: está orientada a ejercer ese control propio del Estado sobre la función pública del urbanismo.

De igual forma, se observa que estas determinantes tienen estrecha relación o están fundadas en temas de interés público, que por su misma naturaleza son competencias del Estado, puesto que, tal como se señaló en apartes anteriores, se justifica en cuanto comprometen el interés general y la convivencia entre los asociados.

Otro de los límites de los que trata el presente capítulo viene dado por la Ley 388 de 1997 en su artículo 10, el cual ha sido reglamentado por el Decreto 2201 de 2003. Al tenor de dicho artículo, las determinantes de los POT tienen alcances de normas de mayor jerarquía frente a los mismos. En otras palabras, los municipios y distritos no podrán elaborar o adoptar sus POT desconociendo tales normas, las cuales a su vez tienen superior jerarquía en el respectivo ordenamiento al que pertenecen. Esto encuentra sustento en la aplicación del principio de *jerarquía*

*normativa*<sup>2</sup>, que tiene por supuesto incidencia en el OJC y que en el presente caso opera por mandato expreso de la misma ley.

Se igual forma se observa que se hace referencia a directrices, normas, reglamentos, regulaciones, disposiciones y políticas, entre otras, que no son otra cosa que la manifestación de la voluntad de la administración en el respectivo ámbito de sus funciones, lo cual indica que en atención al PL no solo se le imponen límites al particular desde el punto de vista del ordenamiento jurídico-normativo sino desde la forma en que está concebido el mismo aparato estatal, funcionando como una suerte de control, según el cual, la disposiciones adoptadas por dicha autoridad superior en *su propio ámbito de competencias* (como señala la norma) no pueden tomarse como si no existieran a la hora de elaborar o adoptar el POT (Santofimio Gamboa, 2002).

Igual connotación de limitante del particular frente al urbanismo tienen las disposiciones contenidas en el artículo 15 de la ley en comento, al desarrollar la temática correspondiente a las normas urbanísticas. Consagra en señalado artículo en el párrafo primero:

*Las normas urbanísticas regulan el uso, la ocupación y el aprovechamiento del suelo y definen la naturaleza y las consecuencias de las actuaciones urbanísticas indispensables para la administración de estos procesos. Estas normas estarán jerarquizadas de acuerdo con los criterios de prevalencia aquí especificados y en su contenido quedarán establecidos los procedimientos para su revisión, ajuste o modificación, en congruencia con lo que a*

2 En virtud de este principio, se determina un orden de aplicabilidad de las normas jurídicas, así como la forma en que se deben resolver conflictos entre normas de similar rango. De este modo, las normas de rango inferior no pueden, bajo ninguna circunstancia, contrariar o vulnerar lo que determina una norma de superior rango y alcance.



*continuación se señala. En todo caso los municipios que integran áreas metropolitanas deberán ajustarse en su determinación a los objetivos y criterios definidos por la junta Metropolitana, en los asuntos de su competencia*

Tal disposición enuncia de manera general las funciones de las normas urbanísticas, independientemente de si son estructurales, generales o complementarias, afirmando que estas “regulan el uso, la ocupación y el aprovechamiento del suelo y definen la naturaleza y las consecuencias de las actuaciones urbanísticas”. Es claro que las normas urbanísticas, al determinar de manera directa el rumbo de las actuaciones urbanísticas, constituyen un límite a las actuaciones del particular frente al urbanismo, desde la óptica de la sujeción de este al ordenamiento jurídico, es decir, desde el PL (Arrendondo Gutierrez, 2003).

En cuanto a ejemplos puntuales referidos a las normas urbanísticas como límites, y sus funciones ya en específico, tenemos las normas urbanísticas estructurales definidas en la misma Ley 388 de 1997, en el artículo en comento, el cual establece en el numeral 1.3 que hacen parte de este tipo:

*“Las que definan las características de las unidades de actuación o las que establecen criterios y procedimientos para su caracterización, delimitación e incorporación posterior, incluidas las que adoptan procedimientos e instrumentos de gestión para orientar, promover y regular las actuaciones urbanísticas vinculadas a su desarrollo”.*

O también la disposición contenida en el numeral 1.4 que señala: “Las que establecen directrices para la formulación y adopción de planes parciales. Evidentemente estos enunciados imponen límites a la actuación del particular en cualquiera de sus

formas de participación en la actividad administrativa, bien sea como colaborador o como participe propiamente tal, puesto que su observancia le afecta en ambas esferas del ejercicio de la administración.

Otro tipo de normas urbanísticas que consagra la mencionada ley son las llamadas *normas urbanísticas generales* (art. 15, N.º 2, Ley 388 de 1997), las cuales:

*“(...) otorgan derechos e imponen obligaciones urbanísticas a los propietarios de terrenos y a sus constructores, conjuntamente con la especificación de los instrumentos que se emplearán para que contribuyan eficazmente a los objetivos del desarrollo urbano y a sufragar los costos que implica tal definición de derechos y obligaciones”.*

Al consagrar en su texto los dos extremos de una relación jurídica cualquiera, derecho y obligación, utilizando expresamente el calificativo de urbanísticas, estas normas generales “afectan” la actividad del particular al indicar los derechos que este tiene como sujeto titular de la propiedad de un bien y los límites al ejercicio de ese derecho que correlativamente están representados en las obligaciones a su cargo. Por ejemplo: “Las especificaciones de las cesiones urbanísticas gratuitas, así como los parámetros y directrices para que sus propietarios compensen en dinero o en terrenos, si fuere del caso”;

*“El señalamiento de las excepciones a estas normas para operaciones como macroyectos o actuaciones urbanísticas en áreas con tratamientos de conservación, renovación o mejoramiento integral para las cuales se contemplen normas específicas a adoptar y*

*concertar, en su oportunidad, con los propietarios y comunidades interesadas, estableciendo los parámetros, procedimientos y requisitos que deben cumplirse en tales casos excepcionales”.*

Entre otras limitaciones que nos permiten afirmar, sin hesitación alguna, que se trata de verdaderas limitaciones a los particulares.

En cuanto a las normas urbanísticas complementarias, estas, aunque también son de obligatorio cumplimiento, ilustran en menor medida los límites al particular frente al urbanismo, puesto que son de contenido más técnico, en estricto sentido.

Ahora bien, el Derecho Urbanístico Español tiene consagrada y reglada dentro de sus instituciones urbanísticas la figura del convenio urbanístico. El Convenio Urbanístico ha sido definido por la doctrina especializada como el...

*“instrumento contingente de acción concertada de la Administración Pública con uno o varios sujetos de derecho en orden al desarrollo de cualquier faceta urbanística y de las complementaciones que típicamente la integran, y cuyo régimen jurídico –más o menos delimitado por una norma específica– queda determinado por la convergencia del contenido de las potestades típicas en este orden administrativo con elementos propios del concierto de voluntades (contractuales o no), debidamente modulados en función del marco institucional en que se mueven”. (Ochoa, 2006, p. 55)*

Es decir, se trata de actos concertados entre la administración y los particulares sobre la actuación urbanística tendientes a producir efectos jurídicos.

Vale la pena aclarar que, en el caso del OJC, la figura de los convenios urbanísticos no está legislada, tal como aparece en el derecho español, pero su referencia se realiza a fin de ilustrar otra modalidad de las limitantes al particular en el marco de la actividad urbanística. En Colombia existe una suerte de “modalidades” no regladas de acuerdos entre los particulares y la administración, que tienen similar connotación y alcance al de los señalados convenios. Tal es el caso de la compensación por afectación de un bien de propiedad de un particular, en virtud del cual se puede establecer entre el particular propietario y la administración, un acuerdo orientado a reconocer el derecho a urbanizar otra área en compensación por la afectada bajo determinadas condiciones, así como se explicó en el capítulo segundo de este trabajo (Ascher, 2010).

Es por esto que se señala, en primera instancia, el PL de la administración, del que ya se determinó su alcance. Es el principal límite que se ofrece para frenar la concertación entre la administración y los particulares en el urbanismo colombiano, pues a la primera le entrega la facultad de celebrar acuerdos solo en determinadas ocasiones, y, al segundo, para determinar el alcance de su participación. En España, tal y como lo manifiesta Ochoa Gómez (2006, p. 168):

*“el art. 103. 1 CE ordena a la administración que actúe con sometimiento pleno a la ley y al derecho. El derecho –esto es, el ordenamiento jurídico en su totalidad y no solo la ley– se constituye en parámetro permanente de control de la acción administrativa. No se deja en nuestro sistema espacio libre o franco de acción de la Administración Pública, todas cuyas decisiones se someten a la valoración jurídica del conjunto de disposiciones, cualquiera que sea su rango, y principios generales que integran el sistema jurídico”.*

Al ser el urbanismo una función pública, es precisamente la administración pública la que se sitúa en posición de garante de su ejercicio, por lo que según la concepción española, la legitimidad del convenio urbanístico está determinada u orientada por los mismos principios que determinan el ejercicio de la administración, es decir, los principios que orientan todo la función administrativa establecidos en el artículo 209 constitucional. Y sin duda, también el principio de proporcionalidad como límite al particular en su actuación dentro del urbanismo.

No obstante, siguiendo a García Rubio (2007), existen limitantes genéricas a las impuestas por los principios generales y que se deducen del ordenamiento mismo. Tal es el caso de la prohibición de que los convenios contradigan el ordenamiento jurídico, y limitantes específicas, dadas por las normas sobre tramitación de los diferentes instrumentos de ordenación urbanística, así como las dadas por las reglas de competencias de los órganos administrativos en materia y estándares urbanísticos, entre otros.

## **FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD**

En cuanto al desarrollo del principio de la **FS&E de la propiedad** consagrado en la Ley 388 de 1997, está en estrecha relación con la idea de relatividad del derecho real de la propiedad. A propósito, conviene señalar que la potestad que tiene la administración de afectar este derecho real se encuentra suficientemente justificada en la *necesidad colectiva* (García, 2015) o, dicho de otro modo, tiene su razón de ser en la idea del interés general como principio fundamental del Estado. En nuestro ordenamiento constitucional tal principio encuentra asidero en el

artículo primero<sup>3</sup>. Por lo anterior, el desarrollo del principio de la FS&E de la propiedad privada contiene de manera simultánea el de **prevalencia del interés general sobre el particular**, pues este mismo cimenta el mencionado límite a la propiedad privada y así se armonizan.

Pese a lo anterior, desde antes de la promulgación de la CPC del 91, se establecían perentorias limitaciones a su disfrute por motivos de interés público o social, y en razón de la función social. El artículo 122 del Decreto 1355 de 1970, por ejemplo, admitía la limitación del ejercicio del derecho de propiedad, por obra de la intervención de las autoridades de Policía, en aras de la “seguridad, salubridad y estética públicas”.

Al respecto de la función ecológica de la propiedad, esta medida se erige como mecanismo de protección del medio ambiente, el cual ha sido elevado a la categoría de mandato constitucional en virtud del artículo 79 de la CPC, que señala como deber del Estado su protección y custodia. Estos imponen una carga al particular en el entendido de que, en pos del desarrollo urbano, y cuando ello fuere menester, debe ceder su derecho de propiedad para contribuir con el progreso social (vgr. la expropiación), lo cual constituye a todas luces otro límite al particular en el marco de la actividad urbanística. Así las cosas, la FS&E de la propiedad se materializa como un límite a la voluntad de los particulares, más concretamente en cuanto a la disposición de su derecho real de propiedad y ya se entiende como cosustancial al señalado derecho.

Una disposición concreta referida a esta limitante a la propiedad del particular en razón a su función social es la consagrada en el

---

3 “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

capítulo VIII de la ley 388 de 1997, denominada **expropiación**<sup>4</sup> por vía administrativa. El artículo 63 de la misma disposición normativa enuncia que

*“Se considera que existen motivos de utilidad pública o de interés social para expropiar por vía administrativa el derecho de propiedad y los demás derechos reales sobre terrenos e inmuebles, cuando, conforme a las reglas señaladas por la presente ley, la respectiva autoridad administrativa competente considere que existen especiales condiciones de urgencia, siempre y cuando la finalidad corresponda a las señaladas en las letras a), b), c), d), e), h),j), k), l) y m) del artículo 58 de la presente ley”.*

Esa disposición pone de manifiesto que la utilidad pública y el interés social ubican al particular en posición de ceder la titularidad de su derecho patrimonial y legitima al Estado para restringir la autonomía que se tiene en el ejercicio de ese derecho, mediante los criterios para proceder previamente a la declaratoria de urgencia, tal como lo ordena la ley, todo ello en perfecta concordancia con el artículo 58 de la CPC.

Por su parte, la compensación en tratamientos de conservación que señala el artículo 48 de la Ley 388 de 1997 hace referencia a una imposición a la que se ve sometido el particular propietario de terrenos o inmuebles ubicados en lugares que los POT o los instrumentos establecen como zonas o áreas de conservación histórica, arquitectónica o ambiental.

---

4 Esta es entendida como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa. Corte Constitucional. Sentencia C - 1074 de 2002.

Como se observa, tal limitante viene dada por disposiciones de tipo urbanístico e impiden el libre ejercicio de la voluntad del particular, quien deberá sujetarse a las disposiciones dictadas para esas áreas en específico, y no disponer de su bien a su arbitrio.

*Prima facie* podría suponerse que tal limitante obedece más a la observancia del PL, puesto que viene determinada por los POT y los instrumentos que los desarrollan. Pero, se considera que no es así, por cuanto tales disposiciones para áreas de conservación histórica, arquitectónica o ambiental son ante todo temas que afectan directamente el componente social, porque toca con temas tales como la tradición, la cultura y la memoria colectiva, entre otros. Aun cuando se reconoce que en el fondo todas las limitaciones confluyen a la observancia del PL.

Recientemente fue promulgado el Decreto-Ley 0019 de 2012, “por la cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”, la cual en su artículo 180 modifica el artículo 27 de la Ley 388 de 1997 referido al procedimiento para la aprobación y adopción de planes parciales.

El numeral tercero, parágrafo 2, señala

*“Cuando no se logre la concertación entre el municipio o distrito y la autoridad ambiental competente, la oficina de planeación municipal o distrital procederá a archivar el proyecto de plan de parcial, sin perjuicio de que el interesado pueda efectuar los ajustes que consideren pertinentes y reiniciar el trámite de concertación ambiental”.*

Así pues, el citado artículo, además de paso obligatorio de la concertación con la autoridad ambiental competente, el cual cons-



tituye, *per se*, un límite al particular en el marco de actuaciones urbanísticas, ahora refuerza su contenido y alcance al señalar como consecuencia directa de la no concertación el archivo del proyecto de plan parcial, con las consecuencias jurídicas derivadas de la acepción “archivar”. Dicho de otro modo, el intento fallido de concertación acarrea la terminación de la actuación orientada a la aprobación del proyecto de plan parcial.

Por ello se afirma que la Ley 0019 de 2012 trae en este artículo otra disposición cimentada en la relación existente entre la ecología, el medio ambiente y la función pública del urbanismo.

### **DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE LAS CARGAS Y LOS BENEFICIOS**

Por último, se tiene el principio consagrado en la Ley 388 de 1997 llamado “**principio de la distribución equitativa de las cargas y los beneficios**”, según el cual en desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante las normas, los POT y las normas urbanísticas que los desarrollen deberán establecer mecanismos que garanticen el reparto equitativo de las cargas y los beneficios derivados del ordenamiento urbano entre los respectivos afectados. Por lo cual se establecen como mecanismos garantes de esa igualdad frente a las normas de contenido urbanístico las llamadas Unidades de Actuación Urbanística y las llamadas cesiones explicadas precedentemente.

Como unidades de Actuación Urbanística, la Ley 388 de 1997 entiende:

*“El área conformada por uno varios inmuebles, explícitamente delimitada en las normas que desarrolla el plan de ordenamiento que debe ser urbanizada o construida como una unidad de planeamiento con el objeto*

*de promover el uso racional del suelo, garantizar el cumplimiento de las normas urbanísticas y facilitar la dotación con cargo a sus propietarios, de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos colectivos mediante reparto equitativo de las cargas y beneficios”.*

En virtud de este mecanismo, las cargas propias del desarrollo de dicha unidad de actuación administrativa deberán ser distribuidas entre los propietarios de toda el área beneficiaria de las mismas. Esto indica la doble consideración de las mismas en cuanto a cargas y beneficios.

Al respecto la CCC, en sentencia T-530-92 del 23 de septiembre, expresó:

*La necesidad reconocida en la ley de utilidad pública o interés social puede dar lugar a que el interés particular deba ceder ante el interés general (CP, art. 58), evento en el cual la única vía posible de enderezar las cargas y mantener el principio de igualdad es la compensación, si ese desplazamiento supone no una reducción general de los derechos o beneficios de los miembros de la comunidad sino el sacrificio y privación individualizada del derecho de uno de ellos en aras del beneficio general. No proceder así implica exponer al Estado a tener que indemnizar los daños antijurídicos ocasionados por el desconocimiento del principio de igualdad de cargas para los administrados*

El principio de distribución equitativa de cargas y beneficios se constituye como una verdadera limitante a la libertad de acción del particular en el urbanismo colombiano, y, se manifiesta de

diversas maneras a través de los distintos instrumentos establecidos en la Ley 388 de 1997, POT y planes parciales. Empero, a la vez de ser limitante de la actuación al particular, guían su participación hacia la actividad urbanística, por ejemplo, tal y como lo vimos en el capítulo segundo, a través de las llamadas cesiones al espacio público.

## CONCLUSIONES

1. El particular de cara a la actividad administrativa, a pesar de mantenerse bajo una constante tensión entre la limitación de sus derechos y facultades por parte de la administración, participa en ella de diferentes formas y desde distintas posiciones, asumiendo un papel activo frente a la actividad administrativa.
2. En el derecho urbanístico, el particular participa de manera activa en la estructuración y transformación urbana, desde diferentes posiciones y, por ello, bajo la lógica de intereses distintos que, empero, fecundan de manera significativa la planeación y ejecución de la función pública de urbanismo.
3. La participación puede ejercerse desde diferentes roles, ya como ciudadano, como colaborador, o, de manera más activa como un verdadero partícipe.
4. El principio de participación democrática establecido en el artículo 4º de la Ley 388 de 1997 le da un alcance limitado al principio de participación, pero en virtud del principio *pro libértate*, el particular interviene como ciudadano no solo en esos eventos, sino también cuando hace uso de los diferentes mecanismos de participación democrática previstos en la Constitución y la ley.

5. El particular interviene como colaborador cuando actúa como un auxiliar de la función administrativa bajo los precisos términos que le indique la Administración, la cual orquesta todos los poderes que le son propios y característicos del ejercicio de la función pública.
6. Son manifestaciones de la colaboración del particular en la actividad urbanística la presentación de proyectos de infraestructura y de servicios públicos, y la formulación de planes parciales.
7. Cuando el particular interviene como partícipe, cuando es el particular quien actúa como un agente público o vicario de la administración, mediante la transferencia del ejercicio de competencias y funciones administrativas, dirigidas y ejecutadas por él hacia la consecución del interés general, bajo las directrices generales de la administración, en concordancia con los principios que rigen la función administrativa.
8. Dentro de las manifestaciones de la participación del ciudadano, tenemos la ejecución de proyectos de infraestructura y servicios públicos a través de la suscripción y ejecución de contratos de asociación público-privada, cesiones, a través de la llamada cooperación entre partícipes, reajuste de tierras e integración inmobiliaria por medio de la compensación.
9. Los principios descritos como directrices del urbanismo, evidencian los límites impuestos por el ordenamiento al particular en el marco de las actividades y relaciones propias del

urbanismo, bien sea en su posición como partícipe o bien en la de colaborador de la actividad de la administración.

10. Es claro que los principios que orientan el ordenamiento del territorio no solo cumplen esa función de dirigir dicha actividad, puesto que en virtud de la ley constituyen límites a la actividad del particular en la gestión urbanística. Tal es el caso del PL, que establece la sujeción de la administración y del particular a las disposiciones del ordenamiento jurídico en su conjunto. Así como los principios consagrados en la Ley 388 de 1997.
11. La limitante que establece el PL al particular en materia urbanística implica la observancia de las disposiciones contenidas dentro del PDMD, las determinantes del ordenamiento territorial establecidas en normas superiores y los principios que orientan el ordenamiento del territorio, las cuales en su conjunto conforman el ordenamiento jurídico urbanístico.
12. El principio de la FS&E de la propiedad se encuentra en estrecho vínculo con la noción del derecho real de la propiedad como derecho relativo, que encuentra su máxima justificación en la idea del interés general como principio fundamental del Estado y se armoniza con el de prevalencia del interés general sobre el particular, pues este mismo sustenta el mencionado límite a la propiedad privada y así se armonizan.
13. El principio de la distribución equitativa de las cargas y los beneficios se impone ante la necesidad de evitar las cargas desproporcionadas entre los particulares y garantizar así, la igualdad real frente al Estado.

## REFERENCIAS

### ***Bibliográficas***

ARREDONDO GUTIÉRREZ, José Manuel. (2003). *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*. Segunda edición. Editorial Comares.

ASCHER, Francois. (2010). *Los Nuevos Principios del Urbanismo*. Madrid: Editorial Alianza.

GARCÍA RUBIO, Fernando. (2007). *Problemas actuales del derecho urbanístico*. Dykinson.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (2015). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Thomson Civitas.

OCHOA GOMÉZ, María del pilar. (2006). *Los Convenios Urbanísticos: Límites a la figura redentora del urbanismo*. El consultor.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2002). Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del estado social y democrático de derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y la decisión administrativos de licencia urbanística. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia.

### ***Jurisprudenciales y normativas***

Congreso de la República de Colombia. Ley 388. Diario Oficial No. 43.091 del 24 de julio de 1997.

Corte Constitucional de Colombia. (23 de septiembre, 1992). Sentencia T-530. (Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional de Colombia. (4 de diciembre, 2002). Sentencia C-1074. (Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional de Colombia. (28 de agosto, 1992). Sentencia T-508. (Magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz).





## **CAPÍTULO II**

# **DE LA VALORACIÓN PROBATORIA EN LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS: Una mirada a los estándares probatorios en el ordenamiento constitucional colombiano**

*Ricardo Andrés Cano Andrade  
Fernando Luna Salas*



## INTRODUCCIÓN

La discusión tendiente a la realidad contemporánea del derecho, esto es, su posición en la actualidad, es un tema que sin lugar a duda traerá consigo mucho debate por la cantidad de interrogantes que surgen de los nuevos modelos y teorías que rodean los pensamientos jurídicos del siglo XXI.

De estos temas, la discrecionalidad judicial es uno de los que ha calado con mayor profundidad en los debates de la actualidad jurídica. Los límites del juez es uno de los temas de mayor discusión y debate en la actualidad, pues luego de lograr arrebatar mediante la autoridad de las leyes el poder decisorio absoluto de la monarquía, pasó a otorgar nuevamente facultades ilimitadas en cuanto a la decisión de los operadores jurídicos.

El postulado anterior propone en forma sucinta las ideas principales de los mayores contradictores del nuevo modelo de discrecionalidad judicial, los cuales aún propenden por un modelo judicial esquemático, afianzado en los designios de la ley, y soportado en las bases de un ordenamiento jurídico coherente.

Ahora bien, la temática es sumamente cuantiosa en subtemas, y, a pesar de que se está marcando un rumbo practicante definido hacia la discrecionalidad judicial, existen problemáticas latentes que sugieren ciertas reconsideraciones sobre el tema.

Claro está, no es de nuestro interés, para efectos del presente documento, ahondar sobre la discusión de la discrecionalidad judicial, sino más bien exponer uno de los temas de mayor relevancia en el ámbito colombiano, después de acogido dicho modelo, y que presenta ciertos interrogantes sustanciales sobre la aplicación del derecho en el proceso. Nos referimos a la fijación de los hechos.

Los hechos dentro de un proceso son considerados como el principal objeto de la prueba judicial, la cual, bajo su principio de necesidad, se posiciona como uno de los elementos fundamentales en la decisión de un proceso, del cual se genera el ya conocido apotegma: “*Dame la prueba, y te daré el derecho*”. La fijación de los hechos luego se dará de acuerdo con lo que las pruebas induzcan, pero que, de acuerdo con lo expuesto en un principio, será valorado por el operador judicial designado. De aquí parte gran cantidad de interrogantes sobre la valoración de la prueba en un proceso, pero más allá de la forma de valorar e interpretar una prueba judicial, el interrogante principal a resaltar en este trabajo se refiere a cuáles son los límites de la prueba.

En ese sentido, delimitaremos el campo de estudio hacia el OJC, propugnando a establecer de acuerdo con la ley, la doctrina y la jurisprudencia, los límites y estándares de la prueba, que enmarcan en cierta forma las decisiones judiciales de los operadores jurídicos colombianos. Adicionalmente, se toma como principal objetivo la contestación de la pregunta problema: ¿existen estándares probatorios que limiten las decisiones de los operadores jurídicos en Colombia?

Para conseguir tal fin, nos referimos a los principales exponentes respecto a la fijación de los hechos y los estándares de la prueba: Michel Taruffo, Jordi Ferrer y Marina Gascón; además de centrar toda la temática dentro del OJC con los estudios a nivel de master investigativo de Orlando Enrique Puentes y los tratados de prueba del maestro Hernando Deivis Echandía, junto a otros estudios investigativos en materia procesal colombiana.

## LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS EN COLOMBIA

Al momento de emitir un fallo judicial, o una decisión del mismo orden, es necesario tener completa claridad de los supuestos fácticos que soportan la decisión. Y es que, al momento de acudir a un despacho judicial, el conflicto asunto de controversia judicial ha sucedido, y no queda otro remedio que reconstruir los hechos acaecidos en ese momento pasado. Es por ello que el operador judicial tiene la necesidad de revisar todas las suposiciones fácticas presentadas en la controversia, y determinar cuáles de las mencionadas son relevante e indispensables en la resolución del conflicto.

Así pues, la fijación de los hechos consiste en la afirmación del operador jurídico sobre los supuestos fácticos que este considera relevantes dentro del proceso, y que solo son verificables mediante las pruebas judiciales, desde que toda decisión judicial *“debe fundamentarse en una reconstrucción de los hechos que corresponda a la realidad empírica de ellos, en tanto esto se encuentre confirmado por las pruebas, de manera individual o en conjunto”* (PEÑA AYAZO, 2008, p. 29).

Al respecto, la CCC en sentencia T-406 del año de 1992 sostiene que *“los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”*, afirmación que resultó reveladora considerando que dicho fallo fue emitido poco tiempo después de promulgada la actual CPC de 1991, lo que abriría paso a interpretaciones respecto al tema. Sobre esto, el investigador Orlando Enrique Puentes (2009) parafrasea la afirmación de la Corte, asumiendo que en el campo de la fijación de hechos procesales *“los hechos del proceso son los que los jueces dicen a través de sus sentencias”* (p. 11).

En consecuencia, toda fijación de hechos es el sustento fáctico de un sentencia, y dicha fijación de hechos adquiere relevancia de acuerdo al estudio razonado de las pruebas presentadas en el proceso. Dichos postulados nos direccionan a la forma de valoración probatoria de un operador jurídico, la cual en materia procesal colombiana se rige bajo las RSC.

El CGP, ley que regula en mayor medida las actuaciones en procesos judiciales colombianos, designa en su artículo 176° que *“las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos...”*. El texto citado nos presenta las reglas que todo juez de la república colombiana debe seguir al momento de ejercer una valoración sobre cualquier prueba judicial, aspecto que se ve reforzado por el CPP, el cual consagra en su artículo 238° que *“las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”*.

El asunto a dirimir ahora es poder señalar a ciencia cierta cuáles son las reglas que emanan de la sana crítica, dado que es el método epistémico con el que el funcionario judicial recrea los hechos en la providencia, a partir de su apreciación probatoria por el efecto jurídico correspondiente al supuesto de hecho constatado.

Cabe aclarar que usamos la designación momento epistémico, a lo que el investigador Orlando Enrique Puentes (2009) señala como el momento en *“que el operador judicial contesta la pregunta: ¿qué fue lo que pasó?”* (p. 5), momento en el cual surge la necesidad de una fijación de los hechos para llegar a una conclusión decisoria.

En Colombia, como se presentó en los acápite anteriores, la observancia a las reglas de la sana crítica en valoración probatoria es un designio legal. Sin embargo, el desarrollo o encuadre de las mencionadas reglas encuentra su fuente en la jurisprudencia, pues las leyes desconocen su significado, desde que los fallos judiciales de las altas cortes han dado razón de ser a la sana crítica y sus reglas.

### **La Sana Crítica**

Jurisprudencialmente se ha denominado *vía de hecho* el error trascendental de un operador judicial en su decisión, error que puede ser constituido en materia sustancial o formal. Ahora bien, la cuestión que nos ocupa versa sobre los límites que tiene el juez al momento de ejercer una libre valoración razonada de los elementos probatorios, quien se cuestiona: ¿qué garantías adquieren las partes al momento de valorar una prueba del operador judicial?

Al respecto, la CCC en sentencia T-970 de 1999, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra, expuso:

*Que no puede predicar como vía de hecho la interpretación legítima del juez en el plano de lo que constituye la valoración de las pruebas aportadas al proceso, en el ámbito de su autonomía como administrador de justicia, pero si bien es cierto que el juez tiene libertad para valorar las pruebas que obren en el proceso dentro de los parámetros de la sana crítica, dicha interpretación debe ajustarse a los supuestos fácticos y a la realidad misma de ellos, de manera tal que no desconozca la realización del derecho material y, por ende, el principio de acceso a la administración de justicia... (CCC, 2 DE DICIEMBRE DE 1999).*

Dicho postulado proviene de una confrontación que esta corporación asumía con la Corte Suprema de Justicia, la cual argumentaba una autonomía absoluta por parte del operador judicial al momento de ejercer *“la sana crítica en una evaluación probatoria”* (Sent. del 10 de agosto de 1994, Sala de Casación Penal), postura que fue aclarada por la misma corporación más adelante, luego de promulgada la Ley 906 del 2004 (CPP vigente), donde la Corte Suprema expuso que:

*En el sistema acusatorio, como en el debate oral se practican todas las pruebas, salvo las excepciones atinentes a las pruebas anticipadas, el juez se convierte en el sujeto que percibe lo hincado por las pruebas. Con base en esa percepción el juez debe elaborar juicios y raciocinios que le servirán para estructurar el sentido del fallo. En ese conjunto de ejercicios mentales de reflexión e inteligencia el juez no puede apartarse de los postulados de la lógica, de las máximas de la experiencia, ni por supuesto de las reglas de las ciencias. Es por ello que no resulta correcto afirmar radicalmente que la sana crítica quedó abolida en la sistemática probatoria de la Ley 906 de 2004... (Sentencia Rad. 24468, 30 de marzo del 2006).*

En el postulado anterior, se refiere una claridad sobre las reglas de la sana crítica aducidas en igual medida por las demás altas cortes, como la CCC que afirma: *“Que dicha decisión sea motivada en forma razonada o crítica, de acuerdo con las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, en todo caso mediante la exposición de los motivos concretos o específicos que originan su decisión...”* (Sentencia C-202, 8 de marzo del 2005). Igualmente que el Consejo de Estado que afirma que *“el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la*



*sana critica, es decir de la lógica, la ciencia y la experiencia...”* (Sentencia Exp. 24884, 6 de marzo del 2013).

Ya encajando cada uno de los postulados anteriores al planteamiento central de este escrito, presentaremos una definición que a nuestro parecer enmarca cada uno de los aspectos concernientes a la sana crítica, y es el otorgado por el consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa mediante fallo emitido por el Consejo de Estado que reza: *“El régimen de la sana, dispone que el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la sana crítica, es decir de la lógica, la ciencia y la experiencia...”*. Para el citado, la valoración mediante la sana crítica *“requiere, además, el análisis en conjunto de las pruebas y un ejercicio de ponderación de las mismas, exponiendo razonadamente el valor que atribuye a cada una, desechando solo aquellas que encuentre ilegales, indebidas o inoportunamente allegadas al proceso...”* (Sentencia Exp. 24884, 6 de marzo del 2013).

## **EL PROBLEMA LATENTE: LA VERDAD EN EL PROCESO**

Hemos resaltado de manera enfática la importancia del juez al momento de reconstruir los sucesos que desencadenaron el conflicto en controversia, y que solo a través de esa reconstrucción de elementos fácticos se busca la fijación de los hechos que permitirán al juez lograr emitir una decisión resolutoria. Nos apoyamos en el principio de necesidad de la prueba para justificar de forma radical que la única forma de obtener la fijación de los hechos es a través de la aportación de las pruebas que soporten la argumentación fáctica.

El elemento principal a discutir es respecto a la manera de reconstruir los sucesos del proceso con los elementos probatorios presentados. Y es que, al momento de preguntarnos sobre las

garantías de las partes respecto a la valoración probatoria, nos encontramos que en materia legal colombiana todo operador judicial está sujeto a las reglas de la sana crítica, las cuales han sido desarrolladas por la jurisprudencia.

Sin embargo, no es necesario ahondar de manera tan profunda en los conceptos de lógica, ciencia y experiencia para comenzar a percibir que se tratan de conceptos abstractos de compleja explicación, y que a simple vista no representan un límite claro de valoración probatoria, puesto que sus definiciones no son delimitables tan fácilmente, e incluso, se podrían encontrar en una fuerte discusión sobre la categoría que dichas “reglas” poseen, pues se ajustarían mejor en la concepción de inferencias probatorias (Puentes, 2009, p. 107

Ahora bien, al estudiar el proceso de fijación de los hechos no solo se pueden considerar las limitaciones del agente encargado de tal acción, pues la reconstrucción de un suceso pasado que genera un conflicto no solo presenta inconvenientes en cuanto a las limitaciones de valoración probatoria que este tenga, sino también la certeza que se puede generar de los enunciados, es decir, que todo postulado dentro del proceso nos lleve a la verdad.

Así, se puede rescatar gran parte del problema planteado en este escrito, generando dudas referentes a errores por parte del operador judicial dentro de una sentencia, los cuales surgen por un defecto acaecido al momento de fijar los hechos, y que muchas veces, por no decir todas, parten de la base de una verdad judicial no adaptable a la verdad real. Cabe destacar que, al referirnos a la verdad dentro de la fijación de los hechos, nos referimos a lo que Jairo Iván Peña Ayazo (2008) se refiere como “*hechos de la realidad fáctica*” (p. 24). Esto es, la verdad propende los enunciados que articulan un fin que describe la realidad.

Dicha temática de la verdad dentro del proceso se ha convertido en el ojo de huracán de la doctrina internacional en materia probatoria en la última década, pues resulta trascendente dentro del debate de actualidad jurídica —especialmente en la discusión sobre el poder valorativo de la prueba a través de la discrecionalidad judicial— resaltar la trascendencia de la verdad dentro del proceso, posicionando la verdad como el principal fin de la prueba.

Tales afirmaciones dejan mucho que dilucidar; no obstante, se busca de manera somera direccionar algunas consideraciones respecto al tema, en posición del objeto principal de estudio en el presente documento.

En ese orden de ideas, presentaremos unas consideraciones respecto a la división entre verdad material y verdad formal, finalizando este punto con una glosa acerca de la eficacia probatoria y unas consideraciones sobre el precepto de verdad como fin de la prueba.

### ***La distinción entre Verdad Material y Verdad Procesal***

En segmentos anteriores, dejamos entrever que a través del principio de necesidad de la prueba, la fijación de cualquier hecho solo es posible si este ostenta algún soporte probatorio; no existe decisión judicial posible sin acervo probatorio que la justifique.

Pero, entender como probado un hecho, no solo exige que este sustente un supuesto fáctico, sino que este debe cargar con un grado de trascendencia dentro de la controversia planteada.

En otras palabras, no se puede considerar completamente eficaz una prueba con el simple hecho de probar un hecho, sino que la

prueba debe ser trascendente dentro del proceso. Este es otro tema hito de la actualidad en materia probatoria a nivel internacional, pues referirnos a la verdad dentro del proceso a través de la prueba, nos lleva a preguntarnos sobre la verosimilitud de la decisión que el juez tome. Además, siempre se preguntará si lo decidido está sustentado en lo que realmente pasó.

Sobre esto, el tratadista Jordi Ferrer (2005), en su tratado de prueba y verdad, aparenta llevarnos a dos únicas soluciones: abandonar el concepto de prueba como verdad o aceptar que cuando un hecho en un proceso está probado, realmente no está probado (p. 61).

Ante tal incertidumbre, el mismo autor fundamentado en los estudios de la doctrina europea, presenta como medio de escape la distinción entre una verdad material y una verdad formal (p. 62), que busca distinguir como razón de la verdad probatoria, una verdad real de lo que realmente aconteció (material), y una verdad de lo que se logró probar en el proceso (formal).

No es de nuestro interés ahondar profundamente en la temática, pues al momento de considerar la trascendencia de la prueba dentro del proceso, cursamos más un problema de la verdad como fin del proceso que de valoración probatoria. Esto sustentando en que, dentro de una controversia judicial, solo es válido lo alegado por las partes, es decir, lo que estas pretendan hacer valer dentro del proceso para sus intereses.

Sin embargo, sí es relevante destacar que en la distinción entre ambas verdades existe una relevancia según la materia jurídica tratada, pues en materia penal, el fundamento de garantías constitucionales impide que se desate una sentencia condenatoria por incursionar una verdad formal en vez de material. Esto

es, se pretende penalizar la consecución de un delito, lo cual solo es posible al momento de tener la plena certeza de la verdad material acaecida.

No obstante, en las demás materias no podemos hablar de una verdad material, pues al juez solo le son concernientes los hechos alegados dentro del proceso por las partes. Partiendo de un ejemplo del caso colombiano, tomemos la siguiente afirmación de la CCC, la cual reza: *“Incluye no solamente la certidumbre de que, habiendo sido decretada (la prueba), se practique y evalúe, sino la de que tenga incidencia lógica y jurídica, proporcional a su importancia dentro del conjunto probatorio, en la decisión que el juez adopte...”* (Sentencia T-555, 2 de agosto de 1999).

Sobre dicha afirmación, el tratadista Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (2008) afirma que uno de los principios fundamentales de toda la actividad jurisdiccional del Estado de derecho lo constituye la racionalidad de las decisiones, la cual se relaciona con la coherencia lógica, que solo puede ser desarrollada atendiendo lo dispuesto en el proceso, es decir, la lógica de la decisión no puede escapar a lo alegado en el proceso (p. 176).

Al respecto de lo anterior, el investigador Dúber Armando Celis Vela (2009), citando al maestro Sabaté, afirma que:

*El juez debe resolver “secundum allegata”. En este contexto, el juez construye una representación del caso a partir de la relación fáctica que aportan las partes en los escritos, las audiencias, la práctica de pruebas y las alegaciones y que en cada situación está permeada por la fuerza de la pretensión o la técnica de defensa...* (p. 115)

En tal caso, podemos entender que la eficacia de la prueba se encuentra condicionada hacia una verdad procesal, la cual consiste en la verdad de los intereses de las partes, pues no es objeto de estudio judicial una verdad absoluta, sino lo que las partes aleguen dentro del proceso.

Finalmente, es necesario aclarar que no pretendemos afirmar que dentro de un proceso la verdad material no importa; el debate aún es álgido, y la distinción entre ambas verdades es un tema cuantioso. Sin embargo, es importante conocer que los preceptos referentes a la fijación de los hechos en un proceso, al menos en materia jurídica distinta a la penal, cargan con limitaciones claras referentes a las posibilidades de conseguir la verdad. Esta disposición se encuentra secundada en una línea de pensamiento que Michele Taruffo (2005), en su obra de prueba y verdad en el proceso civil, llama “*la negación de la verdad en el proceso civil*” (p. 28), concepto que se puede considerar válido en las demás áreas del derecho: laboral, administrativo, entre otras.

Dicha negación consta de unas imposibilidades, las cuales de acuerdo con Taruffo son tres:

- “*Imposibilidad teórica*. Consiste en la imposibilidad de hallar la verdad, debido al escepticismo filosófico respecto al tema...” (p. 29).
- “*Imposibilidad ideológica*. Choque de la verdad con el concepto de proceso, donde se afirma que el proceso no debe buscar la consecución de la verdad, pues no es de su interés, sino por el contrario: buscar lo que interese a la solución del proceso...” (p. 37).
- “*Imposibilidad práctica*. Se refiere a la escasez de herramientas que puede cargar el juez para llegar a la verdad...” (p. 45).

Esto genera un ejemplo claro de las imposibilidades que genera el debate por la inalcanzable consecución de la verdad, que para efectos de nuestro estudio es vital, pues en nuestro campo de estudio que es el OJC dicho postulado es bien acogido por la jurisprudencia nacional, igual que el de la sentencia T-264 de 2009, que dictamina lo siguiente:

*“Frente a esta posición que afirma la imposibilidad cognitiva o escepticismo ante la determinación veraz de los hechos, se encuentra una orientación que considera que, si bien la verdad como entidad metafísica puede ser inalcanzable o inexistente, en el proceso sí es posible acceder a algún tipo de verdad relativa sobre los hechos...”* (CCC, 3 DE ABRIL DEL 2009)

Para finalizar, no es que simplemente el tema de la verdad en el proceso se pueda dirimir en la existencia de una verdad relevante al proceso (verdad formal) sobre la verdad real de lo que aconteció (verdad material); por el contrario, la CCC precisa en la misma sentencia anteriormente citada que en la incursión de conocer por parte del juez lo que realmente pasó, este debe velar por buscar una verdad procesal lo más cerca a la verdad real posible, elementos que son visibles en la práctica de pruebas de oficio, por ejemplo.

Pese a esto, es necesario para efectos de nuestro escrito dejar claro que en materia de fijación de hechos solo es válida la verdad formal del proceso, lo que incumbe a este y pertenece a la controversia, pues el juez solo puede pronunciarse al final de los hechos que estos pretenden hacer valer, y decidir de forma razonada si estos son ciertos o no. Y, como lo aclararemos en los apartados siguientes, lo que refiere a un estándar de prueba solo limita la valoración del juez en cuanto a elementos de verdad procesal.

## ***Glosa respecto a la eficacia probatoria; la verdad como fin del proceso***

Luego de una aproximación conceptual acerca del tema central de este escrito, hemos aludido a la verdad del proceso como la única verdad afianzable en la fijación de los hechos, a excepción de un PP donde solo es válido la verdad material. Ahora bien, cabe preguntarse si dentro del proceso se tiene claridad de que los hechos son el objeto de toda prueba, ¿se puede afirmar que la verdad procesal será el fin de esta?

Partiremos de unas someras consideraciones referidas al tema por parte del tratadista y maestro Hernando Devis Echandía (1994), quien inicia el debate con la pregunta: ¿para qué se prueba en el proceso? Dicha respuesta afirma: “*Constituye lo que debe entenderse como fin de la prueba*” (p. 77).

El autor colombiano explica sobre este planteamiento que existen tres teorías al respecto: la primera versa sobre considerar la verdad como fin de la prueba, la segunda considera que el fin de la prueba es conseguir fijar los hechos y la tercera radica en llevar convicción al juez (p. 78).

De acuerdo con el planteamiento que realiza la pregunta inicial sobre lo que pretende la prueba al ser presentada, podríamos aferrarnos a que la identidad de la prueba dentro del proceso es la que marca la respuesta de su fin, es decir, lo que se pretende probar es un hecho y la eficacia de dicha comprobación fáctica es la que nos muestra el fin de la prueba.

Si para efectos de este escrito hemos aclarado que la única posibilidad de establecer una limitación a la valoración probatoria es referirnos una verdad formal, entonces hablamos de cons-



truir una verdad que solo será reafirmada en lo dispuesto por el operador judicial. Aquí parte gran cantidad de los elementos que resultan confusos al momento de establecer los límites de valoración probatoria, pues la eficacia de una prueba reside en la capacidad que esta tenga de poder demostrar un hecho, lo cual solo es posible generando plena convicción al juez, hecho que secunda Devis Echandía (1994) afirmando que la verdad “es una noción ontológica, objetiva, y el conocimiento que creemos tener de él es subjetivo...” (p. 79). Esto nos deja entrever que a pesar de que la verdad sea real, el conocimiento que tengamos de esta, siempre tendrá diferentes versiones al ser individual de cada sujeto en su saber.

Por eso, el investigador Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (2008) explica que con relación al proceso el único modelo valorativo de la verdad es el cognoscitivism, del cual explica:

*Según este modelo, la verdad se conforma en el intelecto del juez con base en las pruebas que existen en el proceso. Cuando el juez declara la verdad acepta una de las hipótesis de las partes en competencia sobre los hechos como la que está acorde con los argumentos de convicción que se desprenden de las pruebas, pues encuentra la debida justificación en razón de la calidad de los argumentos probatorios que la sustentan y porque tiene mayor capacidad explicativa de los hechos analizados en su conjunto... (p. 177).*

Y es que valorar una prueba dentro de un proceso solo tiene como objetivo poder dirimir la controversia planteada, pues buscar la verdad absoluta representaría problemas bastante considerables en el proceso, como lo explica el maestro Devis Echandía (1994):

*“Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiese adoptado una decisión convenida por ella. Siempre que, gracias a la prueba suministrada, se pronuncia sentencia, aquella ha cumplido su función. Este simple razonamiento indica que el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión...”* (Compendio de derecho procesal - Tomo II, 1994, p. 79).

Por lo tanto, entendiendo como fin de la prueba la convicción del operador judicial, la eficacia de esta radica en su poder demostrativo. ¿Qué tanta certeza lleva del supuesto fáctico que se pretende hacer valer? Dicha situación nos propone, según Jordi Ferrer (2007), en su artículo denominado Los estándares de la prueba en el PP español, estructurar dos conclusiones a priori del tema: “1. La falta de certeza nos sitúa en el ámbito del razonamiento probabilístico... y 2. Necesitamos establecer un umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada” (p. 2).

En referencia a la primera conclusión, es lo que se refiere —en palabras de Jairo Iván Peña Ayazo (2008)— a “la probabilidad lógica prevaleciente” (p. 109), la cual simplemente consiste en que el operador judicial al momento de valorar una prueba solo debe optar por la opción más probable. De este tema se explican diferentes teorías sobre cuál método inductivo debe utilizar el juez para llegar a dicha probabilidad, tema que no es de interés para este estudio, pero sí queremos resaltar que para Michel Taruffo (2009) el postulado de “la probabilidad prevalente” (p. 103) debe de ser entendido como un estándar de valoración probatoria, afirmación que traeremos a colación más adelante.

## LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA: EL UMBRAL DE LA VALORACIÓN PROBATORIA

Respecto a la segunda conclusión planteada por Ferrer, respecto a la necesidad de estructurar umbrales para la valoración probatoria, nos lleva a la propuesta principal de la problemática descrita en este documento: los estándares de la prueba.

En primera medida, es necesario responder: ¿qué es un estándar? que, en palabras de Marina Gascón Abellán (2005), se refiere a *“criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho: o sea los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe...”* (p. 28), lo cual sugiere dos elementos constitutivos de un estándar: en primera un criterio y en segunda una hipótesis, y será el criterio, refiriéndonos a los tipos de razones, los que llevan a predicar una hipótesis como cierta (Puentes, 2009, p. 124).

Dichos criterios conciernen a elementos prácticos que deben existir dentro de la inteligencia del juez para generar un concepto valorativo de la prueba, los criterios que limitan su valoración y una hipótesis planteada sobre los conceptos pertinentes al caso en controversia.

Una vez señalados los elementos principales de un estándar, y enmarcados anteriormente los puntos relevantes de nuestra investigación —como la necesidad de la prueba en la fijación de los hechos, la valoración probatoria regida por las reglas de la sana crítica, el problema de la verdad en el proceso, la verdad procesal como núcleo de la fijación de los hechos y la convicción del juez como fin de la prueba—, podemos intentar contestar la pregunta problema planteada al principio de este escrito: ¿existen estándares probatorios que limiten las decisiones de los operadores jurídicos en Colombia?

De forma prematura la respuesta es sí. Ahora bien, conociendo cada una de las vertientes expresadas con anterioridad referente a la construcción y fijación de los hechos de un proceso, es necesario estudiar si dichos estándares cumplen a cabalidad su fin ontológico de limitar objetivamente la valoración del operador judicial.

En materia procesal colombiana, a través de la Ley 906 del 2004, en el PP se instaura el estándar de prueba sugerido a sentenciar “*más allá de toda duda razonable*”, precepto que limita toda valoración probatoria del juez. De igual forma, se alega que, en materia civil o de procesos privados, ese estándar de prueba no es aplicable y solo se puede limitar la valoración probatoria del operador judicial a través de un estándar “*de probabilidad prevalente*”, concepto anteriormente mencionado.

No queremos desglosar cada uno de los estudios referentes a dichos estándares probatorios, pues a pesar de que no son muchos, su desarrollo teórico es cuantioso e incluso un poco complejo. Pero, sí se considera indispensable mencionar de estos su carácter limítrofe dentro del esquema valorativo de una prueba y su inducción probatoria hacia la verdad procesal mencionada.

### ***De los estándares de prueba: más allá de toda duda razonable; y la probabilidad prevalente***

Cabe resaltar que no son conceptos sencillos de explicar, aun los grandes juristas estudian las formas de construir estándares probatorios objetivos, pues expresar una sentencia más allá de toda duda razonable genera ciertas consideraciones sobre el significado de ese estándar. En el caso de fallar con fundamentos probatorios inferidos a través de probabilidades prevalentes, nos deja muchos cuestionamientos respecto a la verdad del proceso.

Al respecto, el Investigador Orlando Enrique Puentes (2009) expresa que “establecer lo que se quiere significar cuando se habla de que el operador se encuentre más allá de duda razonable no es fácil...” (p. 129). Sostiene el autor que hoy en día la forma de establecer estándares probatorios se expresa a través de probabilidades matemáticas, específicamente las tratadas con “términos bayesianos...” (p. 130). Esto referido a la intención limítrofe de dichos estándares, pues lo que se busca con un estándar “es una guía para la valoración racional. Pero una guía limitada...” (Gascon Abellan, 2005, p. 137).

Respecto al estándar penal de más allá de toda duda razonable, los investigadores Elizabeth Hincapie y Julian Peinado (2009) afirman que:

*Lo que puede tenerse en cuenta sobre la regla “más allá de toda duda razonable” es que este es un concepto prácticamente indeterminado, es decir, no puede enunciarse una definición general sin el riesgo de caer en generalidades o hipótesis que no permiten tener una idea clara de su alcance. Sin embargo, estas dificultades no impiden una aproximación a su significado, el cual está determinado por los requisitos que deben exigirse respecto de los medios de prueba en los que el juez basa su decisión para que, valorados dichos medios, pueda considerarse que están más allá de toda duda razonable.*

*Respecto a estos requisitos puede establecerse que no basta con la fiabilidad, pluralidad y pertinencia; ante todo, se requieren de reglas de racionalidad inductiva que han de dictar la manera como se ha de valorar cualquier otro tipo de prueba.*

*Desafortunadamente, la jurisprudencia colombiana no ha abordado el tema de la regla “más allá de toda duda razonable” de manera concreta y unívoca... (p. 67).*

Es por esto que investigadores del tema, han optado por desligar el concepto de su abstracción, y aterrizarlo a un campo de probabilidades acertadas, como en el caso de Orlando Enrique Puentes (2009) que propone en esquema según el teorema de Bayes, afirmando “que más allá de duda razonable implica una probabilidad mayor del 90%...” (p. 130).

En el caso de la probabilidad prevalente, su máximo exponente es Michele Taruffo (2009), quien busca establecer dentro de la libre valoración razonada de todo operador judicial con respecto a una prueba un estándar que permita a este generar conceptos objetivos del hecho que pretende hacer valer dicha prueba. Sobre esto, Taruffo (2009) sostiene:

*Se configura como la forma privilegiada para dar un contenido positivo al principio del libre convencimiento del juez, guiando y racionalizando la discrecionalidad del juez en la valoración de las pruebas, eliminando toda implicación irracional de esta valoración y vinculando al juez con la carga de criterios intersubjetivamente controlables... (La prueba, artículos y conferencias, p. 103).*

Entonces, lo que busca este estándar es que sobre una hipótesis, un hecho quedara probado cuando sea más probable que cualquiera, es decir, “más probable que no” (Taruffo, 2009, p. 104). En pocas palabras, donde “una hipótesis resulte correlativamente más probable que su hipótesis negativa”.

De dichas explicaciones es fácil entender la existencia tanto legal como jurisprudencial de los dos estándares, digamos “más populares” de la doctrina contemporánea. Sin embargo, el último punto a relacionar es la eficacia que estos cargan dentro del OJC.

### ***Las dificultades de los estándares probatorios en el sistema procesal colombiano***

El hecho de alegar la existencia de un estándar probatorio en Colombia, ya sea que la jurisprudencia de la CCC lo declare: “*buscar que las sentencias se basen en una verdad judicial que se acerque lo más posible a la verdad real...*” (Sentencia T-264, 3 de abril del 2009); o que de la misma ley emane: “*para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda...*” (Ley 906, 2004, art. 7), no implica su existencia total, pues esta también depende de su eficacia.

Fuera de explicar las dificultades de un operador judicial respecto a la valoración probatoria tanto por problemas de abstracción en su raciocinio como de dificultades respecto a la verdad, especificamos que la verdadera razón de ser de la prueba, es decir, su verdadero fin, era el de convencer al juez respecto a un hecho alegado en el proceso, eso es lo que dota de eficacia jurídica la práctica de una prueba. Luego, la razón de ser de un estándar radica en poder limitar de forma ontológica la valoración de la prueba, posicionándola en un campo un poco más objetivo.

En el OJC queremos ubicar dos problemas latentes, que, a nuestro parecer, encuadran cada una de las dificultades existentes en la aplicación de un estándar de prueba. La primera versa sobre la abstracción de los conceptos, desde que el concepto más allá de toda duda razonable es abstracto y carente de lo ya mencionado

por los investigadores Elizabeth Hincapié y Julián Peinado (2009) de “*jurisprudencia colombiana que no ha abordado el tema de manera concreta y unívoca...*” (p. 67). Mientras que, en el caso de la probabilidad prevalente, el tema ha pasado prácticamente desapercibido e inutilizado.

Respecto a la segunda problemática, referente al modelo probatorio aplicado en Colombia, se puede percibir la insatisfacción de los estándares probatorios existentes, debido a que a pesar de propugnar por una objetivación de la valoración probatoria, esta aún sigue siendo muy dependiente del raciocinio del operador judicial, ocasionando un choque con el modelo probatorio imperante que es mixto.

Con respecto a esta última problemática, su circunstancia radica en que Colombia, después de superados los modelos de la tarifa legal y la libre convicción íntima, optó por un modelo mixto en el que a pesar de otorgar libre valoración razonada al juez a través de las reglas de la sana crítica, estipuló de forma taxativa en sus normas procesales los medios probatorios, describiendo sus características, términos y elementos para ser presentados en un proceso.

Lo anterior genera la necesidad de presentar un estándar que además de presentarse como un límite a la valoración probatoria de los operadores judiciales, también opte por hacer referencia a dicho modelo imperante en el OJC.

### **Nuestra Postura**

Queremos establecer nuestra postura en tres puntos característicos de la temática planteada:



**PRIMERO.** *Aterrizar los conceptos de estándar en un plano más objetivo.* Con relación a este punto hay dos énfasis principales: en primer lugar, a la propuesta de doctrina en general contemporánea de establecer de forma estadística los grados o niveles de convicción de un juez en cuanto a la valoración probatoria, como se refiere Jordi Ferrer (2007) cuando afirma que “*es la propia estructura del razonamiento la que exige mostrar que se ha superado determinado nivel de corroboración de una hipótesis fáctica para justificar que se acepte como probada, pero para ello es necesario conocer cuál es ese nivel...*” (p. 2), lo cual solo caería como labor de las altas cortes colombianas que, a su vez, deben establecer los métodos de valorización objetiva. De nuestra parte no estamos de acuerdo con la aplicación de los teoremas de Bayes respecto a la probabilidad probatoria y la evaluación del método propuesto por Marina Gascón (2005) en su escrito *Sobre la posibilidad de formular estándares de pruebas objetivos...* (pp. 135-136).

El segundo énfasis versa sobre el fin de la prueba relacionado con el fin del estándar, en el que sí se aplica como fin de la prueba la convicción del juez. La eficacia de esta es la plena convicción del juez, grado alcanzado solo si los estándares probatorios cumplen con su fin: limitar la valoración subjetiva del juez. Por lo tanto, resulta necesario, fuera de establecer estándares rigurosos, graduar cada estándar a un nivel de convicción del juez, sin dejar abstracciones ni consideraciones subjetivas respecto a la valoración de una prueba.

**SEGUNDO.** *Acoplar la eficacia probatoria y el fin de los estándares con el modelo mixto colombiano.* Esto referido al modelo de valoración probatoria imperante en el OJC, donde un juez puede valorar libremente bajos los designios de la sana crítica, una prueba; sin embargo, los medios probatorios se encuen-

tran prescritos taxativamente en las leyes. Por lo cual resulta indispensable exigir coherencia entre la valoración probatoria del juez con los estigmas procesales, obligando a que las limitaciones en la valoración, es decir, que la eficacia de los estándares probatorios, este encaminada a proteger tales designios que de una u otra forma resultan dando mayor objetividad a la valoración probatoria.

**TERCERO.** *Adoptar todos los elementos de generación de un estándar probatorio en el proceso.* Este punto parte de una propuesta especial de nuestro estudio, al modelo de valoración probatoria vigente en Colombia. Y es que a pesar de entender que la formulación de un estándar requiere de dos elementos constitutivos, un criterio y una hipótesis, consideramos que los dos estándares expresados en este documento cubren a cabalidad como criterios de valoración probatoria, y otorgan libertad de construir la hipótesis del conflicto al operador judicial. De hecho, se requiere de un tercer estándar que cubra a cabalidad con la construcción de dicha hipótesis, afianzada a la amatividad de los medios probatorios del OJC.

Es por ello que nos acogemos al planteamiento de Jorge Lorrucáu Torres (2012), quien expone que en la construcción de un estándar son indispensables dos perspectivas: “(i) un enfoque externo, basado en reglas legales de peso probatorio y (ii) un examen interno, amparado en la convicción del juez civil sobre la verdad de los hechos...” (p. 792), de las cuales percibimos que la segunda regla es aplicable a los estándares de prueba de la probabilidad prevalente y más allá de toda duda razonable. Mas no observamos un planteamiento cercano al primer punto.

Por ello, se requiere de un estándar tendiente a la limitación de la hipótesis generada en el proceso. A continuación, la postura que plantea el maestro Jordi Ferrer (2007):

*“Para considerar probada la hipótesis de la culpabilidad deben darse las siguientes condiciones:*

- 1) La hipótesis debe tener un alto nivel de contrastación, explicar los datos disponibles y ser capaz de predecir nuevos datos que, a su vez, hayan sido corroborados.*
- 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles, explicativas de los mismos datos, que sean compatibles con la inocencia...”. (p. 6)*

Dicho postulado sugiere un esquema, el cual se verá descrito en la motivación del juez al momento de fallar. A nuestro parecer ese esquema puede configurarse como un estándar probatorio, el cual puede denominarse como “esquema hipotético de los hechos”, el cual se sustentaría en tres énfasis.

El primero busca explicar las hipótesis planteadas por las partes, mostrar cuáles son las hipótesis de las partes y la del operador judicial, dando muestra de la precomprensión hermenéutica del caso planteado. Luego, encuadra cada prueba en cada hecho para dirimir las inconsistencias en los relatos, que serán los puntos de controversia en la fijación de los hechos, y cuáles son los puntos en concordancia que se enmarcan como estipulaciones probatorias.

El segundo énfasis busca filtrar cada prueba y cada hecho según los designios legales y constitucionales, buscando las inconsistencias de cada uno respecto a dichos requisitos formales. Finalmente, utilizando el tercer énfasis, que es valorar cada hipótesis de acuerdo a las pruebas allegadas, partiendo de las pretensiones, se busca contestar al interrogante: ¿qué busca cada parte? Y, ¿lo logro probar? Atando cualquier valoración subjetiva del operador distinto a la verdad procesal que se pretende.

## CONCLUSIONES

1. Respecto al OJC, en materia procesal, la valoración en la prueba se ve trastocada por conceptos muy abstractos que dejan en el aire la objetividad en la valoración del acervo probatorio, el cual queda a merced en su totalidad, de la actividad intelectual subjetiva del operador judicial.
2. La eficacia probatoria no solo consiste en la correcta valoración de la prueba, sino en que esta sea relevante dentro del proceso. Predicamento que solo será corroborado con la plena convicción del juez.
3. La eficacia de los estándares solo será verificable con la estructuración de niveles de convencimiento judicial, señalando la medida de control donde el juez puede afirmar como probado un hecho, o viceversa.
4. Además del problema de abstracción en los conceptos de estándares probatorios, Colombia permite que el juez construya cada hipótesis dentro del proceso, permitiendo que elementos subjetivos, como su pre-comprensión, afecten la libre valoración de la prueba, por lo que es necesario un estándar de esquema hipotético de facticidades, que obligue al juez a explicar razonadamente cada hecho y por qué lo considera como cierto, permitiendo a cada parte conocer y contradecir de forma clara y certera la postura del operador judicial.

## REFERENCIAS

Hincapié Hincapié, E., & Peinado Ramírez, J. (2009). *EL sistema de valoración de la prueba denominado la sana crítica y su rela-*

*ción con el estándar más allá de la duda razonable aplicado al proceso penal colombiano (tesis de pregrado).* Medellín: Universidad EAFIT.

Celis Vela, D. A. (2009). La verdad de los hechos en el proceso judicial. *Criterio Jurídico*, 113-121.

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

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

Consejo de Estado. (6 de marzo del 2013). Sentencia Exp. 24884. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Constitucional. (2 de agosto de 1999). Sentencia T-555. M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.

Corte Constitucional. (3 de abril del 2009). Sentencia T-264. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. (4 de noviembre de 1993). Sentencia C-504. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz & Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (2 de diciembre de 1999). Sentencia T-970. M.P. Alfredo Beltran Sierra.

Corte Constitucional. (4 de noviembre de 1998). Sentencia C-622. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. (8 de marzo del 2005). Sentencia C-202. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. (30 de marzo del 2006). Sentencia RAD. 24468. M.P. Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia. (Sala de Casación Penal). Sent. del 10 de agosto de 1994. M.P. Didimo Páez Velandia.

Devis Echandía, H. (1994). *Compendio De Derecho Procesal - Tomo II*. Bogota D.C.: Biblioteca Jurídica Dike.

Ferrer, J. (2005). Prueba y verdad. En J. Ferrer, *Prueba y verdad en el derecho* (pp. 55-78). Madrid: Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A.

Ferrer, J. (2007). Los estándares de la prueba en el proceso penal español. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho N° 15*, Universidad de Alcalá. Obtenido de Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho N°15: <https://dialnet.unirioja.es/Servlet/Articulo?Codigo=2260166>

Gascon Abellan, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de pruebas objetivos. *Cuadernos de Filosofía "Doxa" N° 28*, 127-139.

Lorroucau Torres, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho Vol. 39 - N° 3*, 783-808. Obtenido de <http://Dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300008>

Peña Ayazo, J. I. (2008). *Prueba judicial: Análisis y valoración*. Bogotá D.C.: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

Puentes, O. E. (2009). *La doctrina contemporánea sobre la prueba y su aplicación en Colombia (Tesis De Maestría)*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia. Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co/2689/1/orlandoenriquepuentes.2009.pdf>

Ruiz Jaramillo, L. B. (2008). Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba - aspectos epistemológicos y filosófico-políticos. *Estudios De Derecho Vol. Lxv N° 146*, 166-196.

Taruffo, M. (2005). Prueba y verdad en el proceso civil. En M. Taruffo, *La prueba de los hechos* (pp. 21-48). Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2009). *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Metropolitana





## **CAPÍTULO III**

# **ELEMENTOS EXTRAJURÍDICOS QUE CONSAGRARON LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL: Análisis de los factores externos que influyeron en el caso Madison vs. Marbury**

*Ricardo Andrés Cano Andrade  
Oscar Manuel Ariza Orozco  
Yezid Carrillo De La Rosa*



## INTRODUCCIÓN

El famoso fallo del juez Marshall: *Madison vs. Marbury*, se posicionaría en el mundo jurídico como uno de los precedentes más importantes de la constitucionalización del derecho en toda América y el mundo. Con este se daría un paso gigante a la consagración de una de las figuras que trasciende en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la actualidad, y que sostiene uno de los fundamentos constitucionales más relevantes de la contemporaneidad, esto es, que toda norma que no se ajuste a la constitución es nula bajo el precepto de la supremacía constitucional.

Estos postulados históricamente no son nuevos, pero la relevancia de la figura sí es de suma importancia en el estudio jurídico contemporáneo. Ahora bien, dentro de todo lo jurídicamente expuesto en la parte motiva del fallo, también es importante estudiar y analizar todos esos factores externos al derecho que influyeron en la prominente decisión del juez Marshall. De este modo se busca conocer cuáles fueron las razones que impulsaron el raciocinio de aquel pronunciamiento jurisprudencial.

Para entender los factores externos de este afamado caso es necesario adentrarnos en el contexto histórico en el cual esta providencia judicial se desarrolló. Precisamente, el momento y las circunstancias históricas de este caso son las que nos hacen mirar distintos factores sociales, económicos y políticos que, de algún modo, construyen derecho, o, por lo menos, lo predisponen.

La finalidad de este escrito es exponer los sucesos históricos que resaltan los antecedentes jurídicos e ideológicos que predispusieron tal decisión. De igual forma, se propone exponer el contexto político y los sucesos económicos que se presentaban

en el momento del fallo y analizar qué interés y necesidades se acarrearán en el momento y que pudieron influir en la sentencia.

## ANTECEDENTES JURÍDICOS E IDEOLÓGICOS

El contexto principal en el que se enfoca este afamado caso siempre partirá de la premisa de que para la nación norteamericana nunca ha existido norma superior que la Constitución, y esto viene desde sus inicios históricos como Estado-Nación. Esto parte desde la colonización británica en Norteamérica, donde se presentaron medidas fiscales que azotaban a los colonos, al estipular que no podían existir conductas contrarias a *the fundamental principles of law* (ley fundamental principal), de lo que se deduce, dentro de sus esquemas normativos, que *an Act against Constitution is void* (una Ley contra la Constitución es nula) y que los Tribunales “deben inaplicarlas” (Acosta Sanchez, 1998, p. 95).

La razón de ser de la revolución de 1776 fue la defensa del *Derecho más Alto*, con el que se exigía la protección de los derechos de colonos que se sentían pormenorizados; sin embargo, en el periodo de las colonias americanas, antes de los gritos de independencia, la concepción de supremacía constitucional dista ampliamente de la ideación que se le ha venido dando en el transcurso del tiempo.

De acuerdo a Jorge Alejandro Amaya (2013), uno de los principales exponentes de la época en cuanto a la supremacía de la constitución, sería James Otis quien afirmaría que “una ley que vaya contra la equidad natural se ha de tener por inexistente” (p. 62), aduciendo a una ley natural superior a las leyes ordinarias, y dando cabida a los conocidos derechos superiores de todo norteamericano, los cuales deben ser soportados por la constitución. Todas estas teorías las desarrollaría en 1761 cuando en

la práctica judicial se alegó ante un juicio de unos mercaderes americanos que habían roto las leyes inglesas. Dicha nulidad de fondo no fue resuelta, puesto que dentro de las actuaciones judiciales “*dichos sujetos no contaban con representación, lo cual es requisito de equidad natural indispensable para aquello que se sometiera a la ley*” (Amaya, 2013, p. 61). No obstante, estos ideales de unificación normativa a los criterios de la norma fundamental calaban profundo en el consiente jurídico norteamericano.

Cabe destacar, que todos estos criterios de constitucionalización trastocaron el ideal jurídico norteamericano, en el que siempre existió la supremacía de una ley natural, todo esto secundado por grandes tratadistas de época: Locke, Hamilton, Madison e incluso el mismo Otis, los cuales plantearon desde el inicio de la nación norteamericana una concepción que distinguía ley natural y ley positiva, lo cual caló profundamente en los teóricos ingleses de la “*Gloriosa Revolución*” (Amaya, 2013, p. 62). Así pues, “*la revolución norteamericana en sus comienzos estuvo basada en los conceptos tradicionales que tenía el pueblo inglés respecto de las libertades...*” (Burke, 1995, p. 270).

Ahora bien, muy a pesar de la estructuración de un ordenamiento jurídico basado en una ley fundamental, el criterio de protección constitucional que tenía el modelo inglés *Common Law* es completamente diferente al que los americanos pensaban. Al respecto, señala García Pelayo (1984) que “*el Estado británico está compuesto de modo principal por tribunales; el mismo Parlamento era un tribunal y sus acuerdos debían estar sujetos a la prueba del common law, es decir, un precedente judicial*” (p. 262).

Claro está, que el modelo judicial y gubernamental norteamericano buscaría una identidad propia, sin embargo, en los Estrados judiciales británicos existió un precedente que guió al sistema

judicial norteamericano al ideal jurídico que pensaban: el precedente Bonham. Este fallo explica el caso del médico inglés Bonham, médico inglés, quien fue excluido de la profesión médica, con prohibición de ejercerla, siendo encarcelado por una decisión del Royal Collage of Physicians, actuación que fue recurrida ante los estrados judiciales y que fue sentenciada por el Juez Coke, quien sostuvo que el Real Colegio de Médicos no contaba con jurisdicción para conocer dicho caso. Y, además, si la ley había atribuido a dicha institución tal facultad, la misma era nula.

Los grandes tratadistas de la actualidad, como Francisco Fernández Segado (2003), exponen que la concepción de derecho natural norteamericano surge de la afamada frase del juez Sir Edward Coke en el precedente Bonham, cuando afirma que *“cuando una ley del Parlamento se oponga al derecho común o a la razón, el derecho común verificará dicho acto y lo sancionará con la nulidad”* (p. 3343).

Lo anterior sería fundamental en el pilar de construcción de los EE.UU., debido a un principio que el mismo Fernández Segado (2003) expone como *“el derecho es supremo y su base es el common law”* (p. 3343). En el derecho británico esto se traduce como que el derecho supremo carga el ideal de la nación, el cual es el fundamento político y jurídico del Estado. La conclusión práctica de este principio era la consideración de esta prerrogativa como limitada, excepcional y peculiar, negándose así su concepción de ilimitado poder discrecional, encajándose de esta manera como un poder del *common law*. Al respecto, se destacan como consecuencias de todo esto: a) El monarca no podía juzgar directamente a ninguna persona, siendo que dicha facultad solo podía ser ejercida por intermedio de jueces, de conformidad al derecho y la costumbre inglesa; b) El monarca tenía vedada la facultad de crear derecho, en especial de crear nuevos tipos penales y c)

el manejo del Gobierno recaía exclusivamente en la cabeza del monarca, no en el parlamento ni los tribunales.

Se abre un nuevo horizonte de posibilidades a través de la limitación del poder, pero partiendo de postulados diferentes a la ya expuesta tridivisión del poder público, se busca crear el modelo de frenos y contrapesos.

Desde la perspectiva más clásica de la teoría de los frenos y contrapesos ideada por James Madison, se propone que la forma de contener la ambición es poner en juego la ambición misma, por lo que la existencia de intereses contrapuestos genera rivalidades en las elecciones del Ejecutivo y del Legislativo, lo cual termina representando diferentes segmentos del electorado. Partiendo de esto, era posible la creación de dos instituciones contrapuestas e independientes, las cuales se ejercerían control mutuo.

De esta forma, la teoría de los frenos y contrapesos establece que el poder debe distribuirse separadamente en distintos cuerpos estatales, imposibilitando el ejercicio arbitrario y desenfrenado del poder. Así, una rama del poder público puede inmiscuirse legítimamente en los asuntos de otra, en procura de evitar los abusos. Por lo tanto, la división de los poderes no resulta siendo tan estricta dado este control mutuo.

La idea de Madison, de que la sociedad se encontraba estructurada por la conformación de distintos grupos siendo la división más notoria la de ricos y pobres, fue aceptada por la mayoría de los dirigentes en la Convención Constituyente de Filadelfia, llevada a cabo entre el 14 de mayo y 17 de septiembre de 1787, la cual fue creada para sancionar la constitución norteamericana adoptada en 1787.

Hamilton expresó algo que fue compartido por el resto de los dirigentes: *“Denle todo el poder a la mayoría, y ellas oprimirán a las minorías. Denles todo el poder a las minorías, y ellas oprimirán a las mayorías...”* (Gargarella, 1996, p. 52) Por lo tanto, los dos grupos deben contar con poderes equiparables, que le permitan convivir pacíficamente con el otro, sin temor a opresiones.

A partir de estos supuestos, y en procura de garantizar la participación con igual poder político de los distintos grupos de la sociedad, nace la teoría de los frenos y contrapesos, la separación de poderes pregonada por Montesquieu y acondicionada por John Adams para Estados Unidos.

Hasta aquí es claro que la concepción política y jurídica norteamericana asumía matices de su experiencia colonial británica. El fin de toda esta narración es resaltar de manera crucial que el pensamiento de todos los juristas y políticos norteamericanos se encontraba predispuesto con estos ideales, los cuales buscarían fundar todo el cimiento de su nación. Tanto, que incluso desde la época de la colonia estos ideales ya comenzaban a surgir dentro de los grandes pensadores de la época.

En el caso colonial del general John Winthrop, quien falleció sin dejar testamento en 1717, dejó una fortuna considerable en Connecticut. Como herederos se encontraban un hijo, Juan, y una hija, Anna, esposa de Thomas Lechmeier. Juan reclamó todo el patrimonio según el derecho consuetudinario inglés, mientras que Letchmire reclamó un tercio según la ley de Connecticut a nombre de su esposa. El Tribunal Colonial falló a favor de este último, pero John Winthrop apeló al Consejo Privado, el cual revocó la decisión. La Carta de Connecticut disponía que la colonia pudiera aprobar *“leyes saludables y razonables no contrarias a las leyes de este reino de Inglaterra...”* (Amaya, 2013, p. 58).



El Consejo Privado validó los argumentos esgrimidos por Winthrop, en el sentido de que una vez la ley inglesa ha reconocido los derechos del primogénito, la leyes de Connecticut no podían establecer lo contrario por falta de autorización de la Carta. En la decisión se dijo que la ley de 1699 era completamente nula (null and void) y por ende, no tenía ninguna fuerza vinculante ni ejercía ningún efecto. La sentencia del tribunal colonial fue invalidada y todas las propiedades fueron adjudicadas al hijo varón.

Todo lo anteriormente expuesto se refiere con el fin de traer a colación lo que Jorge Alejandro Amaya (2013) afirmaría de los antecedentes norteamericanos:

*“Se pueden desprender dos rasgos que habrían de llegar a ser principios básicos en la ley constitucional norteamericana: 1) una ley contraria a una ley básica superior (la Constitución o en este caso la Carta de la Colonia) es nula; y 2) es el deber de todas las cortes, incluso las cortes de primera instancia, negarse a poner en vigor tales leyes, y si las apoyan estas resoluciones serán declaradas inválidas en la apelación...”*. (p. 59)

Dichos ideales serían determinantes en la concepción de la revisión judicial, pero en el transcurso, ciertos momentos históricos incidirían en tal decisión. Estos momentos los trataremos en este escrito de dos formas: uno de trascendencia política, el cual consiste en toda la afección bipartidista de la época y los ideales políticos que se enfrentaban al momento del fallo, y el otro de trascendencia económica, por el conflicto de acreedores con deudores y sus repercusiones en los estrados judiciales y en el congreso estadounidense.

Los antecedentes mencionados no solo abren camino a la revisión constitucional y el marco de protección de la ley fundamental, sino que representan un punto de partida importante sobre la construcción de los DDHH como productos de fases declarativas, esto es, de momentos y hechos prácticos que impulsan su creación.

Por su parte, Mestre (2016, p. 37) identifica los DDHH como manifestaciones de carácter jurídico con un sentido un poco más social que legal, con bases filosóficas plurisignificativas, que los fundamentan y legitiman. Así, el reconocimiento del derecho, como se indicó previamente, debe estar íntimamente ligado al contexto en el cual se produce, a la intencionalidad práctica de su enunciación o consagración, así como a los fines constitucionales que persigue, en lo que podríamos identificar como la relevancia de la idea contra su adecuación legal.

Es por esto que resulta vital el estudio pormenorizado del contexto político y económico de este fallo, no solo por sus repercusiones en la figura de la revisión constitucional, sino también su rol en la construcción del modelo de DDHH como lo conocemos hoy en día.

## TRASCENDENCIA POLÍTICA

*Revelaba por primera vez la profunda e irreconciliable escisión entre el Partido Republicano y el Federalista; habían dejado de ser simples facciones para convertirse en verdaderos partidos políticos. Uno era pro-francés y otro pro-británico. Uno quería una confederación de estados poco rígida y el otro una poderosa Administración central; uno estaba constituido por granjeros independientes unidos a los obreros de la ciudad y el otro era adicto al comercio y a la industria. Uno era Jefferson y el otro era Hamilton... (Vidal, 1975, p. 218)*

En la afirmación de los grandes analistas históricos, políticos y jurídicos de esta sentencia, existe gran relevancia e influencia política dentro del fallo, a causa del gran conflicto bipartidista que se vivía en el entorno político norteamericano. Como se sabe por cultura general, el inicio independiente de los EE.UU. se vería afectado por el manejo político y sobre todo administrativo de la nación, ya que distintas perspectivas se posicionaban en el debate político electoral y proponían sistemas distintos de manejo financiero y presupuestal, mayormente, políticas administrativas de interés a la población.

Por un lado, unas políticas de beneficio empresarial a gran escala con propuestas ambiciosas en el ámbito internacional de comercio y exportación, contra políticas de administración estricta y gravámenes extensos que enriquecieran el tesoro nacional y beneficiarían la mediana y pequeña empresa estadounidense. En pocas palabras, en un extremo se beneficiaba al sector pudiente y adinerado de la nación, y por el otro extremo al pequeño emprendedor norteamericano y la clase obrera.

Tal circunstancia histórica partiría de la primera elección presidencial, donde el electo primer presidente norteamericano, George Washington, encontraría un vacío constitucional en cuanto a la conformación política de los EE.UU. La constitución no expondría cargos determinantes en la consecución de los fines del Estado y de las metas trazadas por el Gobierno electo, por lo que correspondería por vía legislativa crear los cargos concernientes al gabinete presidencial, así se conformaría el primer gabinete que acompañaría al presidente Washington en su Gobierno.

Dentro de dichas elecciones el nombramiento de John Adams como vicepresidente al ocupar el segundo lugar de las votaciones sería relevante en el andamiaje histórico, puesto que el fiel

partidario de los ideales federalista solo se relegaría a la presidencia del congreso, mientras que dentro del gabinete acompañante del principal mandatario resaltarían los nombramientos de Alexander Hamilton como secretario del tesoro y Thomas Jefferson como secretario de asuntos exteriores.

Muy a pesar de que dicho gabinete gubernamental era reconocido por gran parte de los tratadistas norteamericanos como uno de los más brillantes e importantes grupos políticos de los EE.UU. —o como lo llamaría James Roger Sharp (2010) “*The most brilliant and talented in american history*” (p. 8), lo cual quiere decir *el más talentoso y brillante de la historia americana*—, este grupo quedaría marcado por el inicio del conflicto bipartidista al crearse desacuerdo en el manejo de políticas exteriores y manejo financiero del presupuesto económico.

En su primer mandato, Washington estuvo concentrado en dar crecimiento a la política interior, aspecto que se podría resumir en dos enfoques políticos: institucionalización y mayor auge legislativo a nivel constitucional, por un lado, y el fortalecimiento del sistema financiero, por el otro (Pérez Alonso, 2013, p. 47). Es precisamente en el manejo del sistema financiero donde se presentarían los conflictos políticos que generarían dos partidos contradictorios.

En palabras de Jorge Pérez Alonso (2013), la brecha que separaba el pensamiento de Jefferson y de Hamilton se ubicaría más que todo en las diferencias en cuanto al manejo de políticas exteriores, lo cual estaba en decadencia debido a los acontecimientos revolucionarios de Francia y que terminarían de “aglutinar todas las ideas superando el espíritu de facción...” (p. 50) en la política exterior norteamericana. Dicha brecha se percibiría con mayor fervor el 8 de abril de 1789 cuando James Madison en cali-

dad de colaborador de la Secretaría de Asuntos Exteriores, toma la iniciativa de gravar productos de importación provenientes de barcos extranjeros, actuación que no contó con el apoyo de la Secretaría del Tesoro, puesto que Hamilton era partidario de la defensa de la oligarquía financiera a la federación y no a los Estados (Weisberger, 2001).

Dichos conflictos internos del gabinete se harían más evidentes en el segundo mandato del presidente Washington, el cual decide conservar su gabinete original, y John Adams conserva su cargo como vicepresidente y presidente del congreso. EE.UU. se encuentra en una posición complicada debido al desenvolvimiento de la guerra revolucionaria francesa de la época, de la cual países como Holanda, Austria, España e Inglaterra se dirigían en contra de la revolucionaria Francia que tenía un convenio político firmado en 1791 con EE.UU. Sin embargo, las excelentes relaciones norteamericanas con los mercaderes británicos y holandeses además de encontrarse *“rodeado territorialmente por los miembros de la coalición anti-francesa, debido a la Canadá británica y la Luisiana y Florida españolas”* (Pérez Alonso, 2013, p. 55), no dejaban rumbo pacífico a la nación estadounidense.

Claramente, Hamilton dirigía su apoyo expreso a Inglaterra, mientras que Jefferson tomaría parte por la Francia revolucionaria, por lo que se especula que ambos dirigentes políticos *“filtraban información a los Gobiernos europeos respecto al Gobierno norteamericano”* (Hoffer, 2008, p. 39), dichas especulaciones acarrearón malestar político a la nación, lo que terminaría con la desertión de ambas figuras de sus respectivos cargos políticos.

No es correcto afirmar que el naciente conflicto político de Jefferson y Hamilton es un tema de federalismo puro contra su oposición, puesto que ningún conocedor o experto jurista de la

época se revelaría en contra de la esencia misma de la nación, la cual es el federalismo, incluso el mismo pensamiento de Jefferson iba arraigado a la inclusión política del federalismo como espíritu mismo de la nación (todo inculcado en su partido Republicano - Demócrata, el cual sería la inspiración del actual partido Republicano) inclusive en la actualidad se adecúa al federalismo como la esencia misma de la nación en diferentes sentencias de la Corte Suprema Norteamericana.

Así pues, la obra de *El Federalista* es un andamiaje de artículos que expone la importancia de la constitución estadounidense, y que reconoce históricamente el medio por parte de la convención de Filadelfia para convencer a los Estados parte de la independencia en la ratificación de la constitución por partes de estos.

Incluso afirma Jorge Alejandro Maya (2013) que:

*Marshall citaría en su favor el contenido del artículo LXXVIII de “El Federalista” (en Marbury vs. Madison), estableciendo el concepto de Constitución como realidad normativa, como ley suprema, real y efectiva, que contiene normas directamente aplicables tanto a los órganos del Estado como a los individuos... (p. 80)*

Esto con el fin de hacer valer la esencia misma de la constitución. Se afirmarían en tan magna obra de la siguiente manera:

*Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe*

*preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios... ("El Federalista", 2001, p. 332)*

Así las cosas, se entiende que la posición clara de la esencia de la nación siempre se ubicará en el federalismo, ya que esta representa su identidad, y todo el conflicto adyacente se sustrae de distintas ideologías de manejo de recursos económicos, políticas exteriores y medios de Gobierno interno.

Tales diferencias políticas se verían incrementadas a un plano mayor con la decisión de Washington de no hacer parte de un tercer mandato presidencial, el principal símbolo humano de unidad en la nación se haría un lado, elevando así un conflicto que se veía venir. En palabras de James Roger (2010) *"paradójicamente cada uno de los bandos en disputa continuaba abominando del sistema de partidos y se identificaba a sí mismo como el auténtico intérprete de la voluntad popular, acusando a la facción rival de romper el espíritu unitario..."* (p. 21).

Después de unas controvertidas y ajustadas elecciones, John Adams es electo el segundo presidente en el 3 periodo de los EE.UU., superando por muy poco al representante republicano Jefferson, esto incrementaría más la brecha bipartidista, pues Adams como representante fiel de los ideales políticos federalistas, daría un vuelco a los manejos políticos del mercado exterior, del cual *"no poseía el control de los acontecimientos, tanto por depender de la actuación de otras potencias, como por el cada vez más caldeado ambiente en el seno de los propios Estados Unidos..."* (Weisberger, 2001, p. 174).

Distintas diferencias con Gobiernos exteriores comenzarían a surgir, por lo que Adams en aras de conseguir una solución pacífica, idea estrategias con equipos de trabajo que realizan labores diplomáticas para conseguir tales fines. De estos equipos un nombre destaca: John Marshall, quien era fiel partidario del sistema federalista en cuanto al manejo financiero y de las políticas exteriores de este<sup>1</sup>.

Pese al esfuerzo del Gobierno estadounidense por mejorar las relaciones, existía una negación total por parte de estos Gobiernos (siendo Francia el principal), y en vista de tal conflicto macro, los idealistas republicanos deciden gestionar el conocido “*Virginia and Kentucky resolutions*” (Constantine Gutzman, 2000, p. 116), que buscaba separar de los Estados Unidos los estados de Virginia y Carolina del Sur.

Con esto nacerían propuestas que iban encaminadas a una total revolución legislativa por parte del, ese entonces, vicepresidente de los Estados Unidos, y que se vería reflejado en las elecciones legislativas para el sexto Congreso de los Estados Unidos, las cuales no solo no supusieron una derrota de los federalistas, sino que incluso aumentaron su presencia en las Cámaras, dado que pasaron de 57 a 60 representantes mientras que los republicanos pasaron de 49 a 46. La victoria tendría una importancia política decisiva, puesto que en el caso de que en las elecciones presidenciales de 1800 el *Electoral College* fuese incapaz de elegir un candidato o no hubiese ninguno que obtuviese una mayoría de votos, la elección de dicho cargo recaería automáticamente y en estricto cumplimiento de las previsiones constitucionales en una Cámara de Representantes dominada por los federalistas. Esta derrota elec-

---

1 Es importante resaltar que la mayoría del conflicto se centró con Francia, por lo que Adams “determinó que los tres representantes finalmente designados para intentar lograr un acuerdo con Francia fuesen John Marshall, Charles Cotesworth Pickney y Elbridge Gerry. Cuando los tres comisionados estadounidenses llegaron a suelo francés...” (Perez Alonso, 2013). Sin embargo, estas acciones diplomáticas no dieron sus frutos.



toral hizo que Jefferson y sus seguidores acentuaran su táctica de concentrarse en sus bastiones estatales, especialmente en los situados en la zona oeste y sur de los Estados Unidos para, desde los mismos, construir una robusta base política desde la que oponerse al poder central. (Perez Alonso, 2013, pp. 74-75).

Ante tales acontecimientos, y otros matices de política exterior, debido a la decisión de Adams de retomar conversaciones con el estado francés (cosa que no cayó muy bien en el seno de su partido), se llega a situaciones determinantes en las elecciones del cuarto periodo presidencial que finalizarían con la escogencia de Jefferson como presidente, a lo que Adams responde con las estrategias políticas del cambio de número de magistrados en la corte (reduciéndolos de 6 a 5) y la asignación de los jueces de paz, lo cual daría como consecuencia el conflicto interno con los nombramientos designados y se iniciaría el camino para la prominente sentencia *Madison vs Marbury*.

## TRASCENDENCIA ECONÓMICA

Dentro del mismo contexto político narrado anteriormente, la elección del tercer presidente de EE.UU. iniciaría nuevas políticas tanto externas como internas que, como se había explicado con anterioridad, serían el eje central del conflicto interno desde la presidencia de Washington, y que con la elección del republicano Jefferson comenzaría un movimiento comercial que involucraría países europeos como Inglaterra y Francia.

Ahora bien, dentro de ese nuevo movimiento comercial se comienza a percibir de manera más notoria una fractura social entre un sector adinerado y privilegiado de la comunidad norteamericana, con un sector mayoritario de comerciantes y trabajadores comunes. Esto se debe a que con el nombramiento

de Thomas Jefferson como el tercer presidente de los EE.UU., se da la implementación de un Gobierno republicano, que llevaba la vanguardia de la campaña presidencial del movimiento político jeffersoniano. Luego, con la implementación de un nuevo paradigma político, nuevos ideales trastocan el poder y nuevos pensamientos y prioridades comienzan a surgir.

Dentro de las nuevas políticas del presidente Jefferson, comienza a darse un enfrentamiento entre ambos sectores anteriormente mencionados, debido al difícil manejo económico que tenía el país y la constante presión que ejercían los comerciantes de Inglaterra y Francia contra los distribuidores de EE.UU., presión que se vería descargada por parte de estos últimos en la clase obrera y el comerciante interno del país.

Las dificultades económicas que había dejado la revolución aún no habían sido superadas y los acreedores internacionales ejercían presión a los comerciantes adinerados de EE.UU. para el pago de sus obligaciones, sin aceptar trueque, característico de la época, sino exclusivo pago monetario. Así, los comerciantes adinerados transferían dicha presión a sus deudores locales e incluso a su clase obrera, la cual comienza a manifestarse contra dicha presión de forma violenta y poco ortodoxa.

Debido a la nueva ideología democrática implantada, la manifestación violenta de la clase deudora y menos favorecida de EE.UU. va directamente dirigida al sector legislativo y judicial del Estado. Debido a los constantes litigios presentados en los estrados norteamericanos, los fallos judiciales a favor del cumplimiento de la obligación, inicia una especie de movimiento antijudicial (Amaya, 2013), el cual se ve contrariado debido a que el congreso en aras de proteger al pueblo que lo elige empieza a emitir leyes que favorecían a los deudores.

Sobre este aspecto afirma el profesor Roberto Gargarella:

*En Norteamérica... desde finales del siglo XVIII, las legislaturas aparecieron como directas poleas de transmisión de exigentes demandas de la ciudadanía. Más concretamente, en muchos casos (y forzadas por circunstancias económicas agobiantes...) tales legislaturas se vieron obligadas a tomar medidas económicas perjudiciales para los sectores más acomodados de la sociedad. Este tipo de reacciones legislativas resultan inaceptables para buena parte de la clase dirigente norteamericana, y dieron origen a los mencionados temores contra las legislaturas (Gargarella, 1996, p. 17)*

Así mismo, Gargarella (1996) explicaría que la clase dirigente, ante la actividad de las asambleas legislativas, que siguiendo las demandas de la ciudadanía dictaban leyes perjudiciales para sus intereses, juzgaron al poder democrático de las legislaturas como instrumentos de tiranía y de opresión. En este sentido, el notable político Alexander Hamilton denunció la “*usurpación del poder de la legislatura, y previno a sus pares ante la posibilidad de ver a los representantes populares constituidos en dictadores perpetuos...*” (Hamilton, Madison & Jay, 2001).

Partiendo de lo anterior, es claro percibir que esta época histórica de EE.UU. se tensiona debido al enfrentamiento del pueblo contra los poderes tanto judicial y legislativo, unos por la no conformidad de los fallos y el no cumplimiento de sus obligaciones comerciales; y otro sector desconfiado y preocupado por las nuevas leyes en favor de los deudores, lo cual creaba aires de malestar para con los legisladores y asambleas.

Todo el problema trastocaba una esfera política en la que se crea una preocupación sobre si la manifestación de las mayorías debía ser el fundamento principal, bajo el concepto de la nueva democracia constitucional y de las leyes imperantes, pues el sector privilegiado de la sociedad de EE.UU. es el máximo afectado por dichas leyes, y consideraba que las mayorías son más pasionales que racionales, y esto representa inestabilidad e inseguridad para con el sistema, debido a que las manifestaciones iban contra aquellos principios imperantes que sustentaron la revolución y de los cuales Hamilton<sup>2</sup>, siguiendo el pensamiento de Locke, se referiría a la conocida frase: “*Existen verdades primarias o primeros principios, sobre los cuales se apoyan todos los razonamientos que han de seguir...*” (Hamilton, Madison, & Jay, 2001, p. 246).

Entonces, se puede esquematizar que, de acuerdo a este contexto histórico, existía un problema económico comercial que ejercía presión, dicha presión resalta una fractura social la cual se va contra el Estado, una parte contra la administración de justicia por sus fallos desfavorables, y el otro sector por el desconcierto y temor de las nuevas leyes que favorecían a los deudores y dejaban en ascuas a los acreedores. Además de todo esto jurídicamente hablando inicia un espacio de incertidumbre para con las garantías constitucionales que se plantearon en la revolución de independencia, y que supuestamente se plasmaron en la constitución. Las minorías (acreedores) empiezan a ser afectadas por las mayorías (deudores)<sup>3</sup>.

2 Cabe aclarar que Alexander Hamilton, quien durante la revolución había sido secretario de Jorge Washington y se había distinguido como coronel de infantería, fue quien concibió el proyecto de escribir una serie de artículos en defensa del nuevo sistema de gobierno impetrado por la Constitución Federal Norteamericana, para lo cual convocó a los otros dos autores del llamado posteriormente El Federalista, James Madison - considerado el padre del constitucionalismo norteamericano - y John Jay (Amaya, 2013, p. 25).

3 En efecto, en aquel momento, al hablar de minorías, no se quería hacer referencia a los grupos con escaso poder, ni a los minoritarios en número, sino a uno y sólo a uno, de los posibles grupos minoritarios de la sociedad: el grupo de los acreedores, o grandes propietarios [...] no se estaba hablando de un grupo sin poder efectivo, sino del núcleo de los más favorecidos de la sociedad (Gargarella, 1996, pág. 33)

## CONCLUSIONES

1. No es correcto afirmar que la revisión constitucional es creación exclusiva del sistema jurídico norteamericano, puesto que este sistema siempre se encontró predispuesto por ideales que darían pie al prominente fallo de “Madison vs. Marbury”; sus antecedentes históricos cercioran que existieron acercamientos a dicha figura jurídica.
2. Debido a sus antecedentes jurídicos y su modo de colonización por los británicos, los juristas y políticos norteamericanos siempre asumieron el concepto de ley natural o ley fundamental, la cual está por encima de las demás, y cualquier ley ordinaria que esté en contra de esta debe ser declarada nula.
3. El conflicto bipartidista sería trascendental en la predisposición de la decisión, debido a que los movimientos de los partidos, tanto de Adams como de Jefferson, generarían ciertas inconsistencias no solo en el Gobierno mismo de la nación, sino que trastocaría las esferas judiciales e incluso las legislativas, este último elemento vital del fallo.
4. La victoria republicana en el tercer periodo electoral de presidencia generaría una ruptura en las negociaciones comerciales con otras naciones, lo que generaría una crisis entre acreedores y deudores en la nación norteamericana. Estos últimos, siendo la mayoría de la nación, exigirían al legislativo que promulgara leyes a favor de condonar deudas, situación que afectaba derechos de los acreedores. A partir de dicho fenómeno, y del ideal del fallo, se puede afirmar que la revisión constitucional es un medio democrático de protección a las minorías sobre el poder de las mayo-

rías. Afirmación que se sustenta en el análisis de la revisión constitucional como instrumento jurídico de protección de los derechos, por encima de la voluntad mayoritaria que elige por votación popular al legislativo y que de algún modo arbitrario puede influir en la expedición de nuevas leyes.

5. La revisión constitucional consagrada en el fallo *Madison vs. Marbury* representaría uno de los rezagos del sistema de frenos y contrapesos que se coloca como pilar fundante de la nación norteamericana desde sus inicios y que para el momento histórico se exigía como necesario. En virtud de que se consagra como una figura que protege las libertades, ideal británico que siempre cargaron y asumieron en la colonización, y que en la independización siguieron predicando.
6. El marco de los DDHH se ve entonces compelido a la resolución de los mismos problemas del derecho internacional y de la misma TGD; referencias que se ven contextualizadas en este fallo y sus fenómenos sociales, políticos y económicos. Todo esto, en relación a dos instancias de valor: una que se refiere al conocido velo de ignorancia, indicando que la objetividad de un caso solo es posible ante el pleno conocimiento de mi situación social (sexo, estrato, educación, raza, etc.); mientras que la otra se identifica con el panorama de ética discursiva, que en su línea kantiana especifica que el plano de los DDHH corresponde a la universalización de una norma fruto de un consenso discursivo, tal como sucede este fallo, e incluso precedido por el fallo del juez Coke en el afamado caso *Bonham*.

## REFERENCIAS

- Acosta Sanchez, J. (1998). *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: Fundamentos de la democracia Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Amaya, J. A. (2013). *Marbury vs Madison: "Sobre el origen del control Judicial"*. Buenos Aires: Ediciones AVI.
- Burke, E. (1995). *Grandes Discursos: Discurso de conciliación con las colonias americanas*. Barcelona: Oceano.
- Constantine Gutzman, K. R. (2000). *The Virginia and Kentucky Resolutions Reconsidered: "An Appeal to the real laws of our Country"*. Richmond: The Journal of Southern History.
- Fernández Segado, F. (2003). *Derecho procesal Constitucional: Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución*. Mexico D.F.: Porrúa.
- García Pelayo, M. (1984). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial.
- Gargarella, R. (1996). *"La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder Judicial"*. Barcelona: Ariel.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2001). *"El Federalista"*. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Académica.
- Hoffer, P. C. (2008). *The Treason of Aaron Burr*. Kansas: University Press of Kansas.

Perez Alonso, J. (03 de 03 de 2013). *Tres controvertidas elecciones presidenciales estadounidenses: Thomas Jefferson, Rutherford B. Hayes y George W. Bush*. Asturias: In Itinere. Obtenido de In Itinere - Editorial Digital: [http://www.unioviedo.es/constitucional/seminario/books/In\\_Itinere\\_03-Tres%20presidentes.pdf](http://www.unioviedo.es/constitucional/seminario/books/In_Itinere_03-Tres%20presidentes.pdf)

Roger Sharp, J. (2010). *The Deadlocked Election of 1800*. Washington D.F.: University Press of Kansas.

Vidal, G. (1975). *Burr*. Barcelona: Grijalbo.

Weisberger, B. A. (2001). *American Afire*. Chicago: Paperbacks.



**CAPÍTULO IV**

**RESPONSABILIDAD  
PATRIMONIAL DEL ESTADO POR  
ERROR JUDICIAL, TIPIFICACIÓN  
DEL CONTROL INTERNO  
DE CONVENCIONALIDAD:  
Deliberaciones desde una  
dogmática comparativista  
contextual por vía de la  
adjetivación del bloque de  
convencionalidad**

*Henry Valle Benedetti  
Melisa Caro Benítez*



## INTRODUCCIÓN

Este capítulo constituye una aproximación en punto de derecho comparado contextual sobre el error judicial, que conlleva responsabilidad patrimonial del estado-juez cuando el operador judicial interno debe fungir como garante de los derechos convencionales interiorizados al sistema jurídico. En últimas, se trata de la interpretación con fundamento en el principio *Pro Persona* por adjetivarse como entronización a lo más favorable en DDFF para el individuo en relación a la jurisprudencia de altas cortes internacionales, textos normativos que aplican por analogía o trasplante jurídico en el sistema interno de un país.

Para estos efectos cabe cuestionarse: ¿las jurisprudencias de entes internacionales ofrecen una guía hermenéutica a las instituciones de derecho interno como garantías de protección a sus individuos? Y, ¿podemos entender que en términos procesales se estaría construyendo una nueva forma de organismos de cierre judicial supraestatal?

## ELEMENTOS HERMENÉUTICOS PARA APLICACIÓN DE UNA DOGMÁTICA COMPARATIVISTA POR VÍA DEL BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD

Este documento aporta a la construcción de una dogmática jurídica de base comparativista contextual, sustentada en un análisis descriptivo de lo que actualmente algunos autores locales, encabezados por Molinares (2011), en cita de Bechara, señalan como una “*creación judicial del derecho a través de los jueces*” (Bechara, 2019, p. 68). Expresión de un reconocimiento pleno de libertades públicas y el correspondiente desarrollo de los DDFF más allá de las “*normas de producción en principios constitucionales*” con el verdadero fin de crear procedimientos materiales

para su concreción y aplicación entendidos como adjetivación de los mismos; o incluso sería mejor decir, su real o verdadera adjudicación (Bechara, 2019, p. 65).

Antes de entrar en materia, debemos referenciar que para el desarrollo de este capítulo echamos mano del método de derecho comparado en nivel medio, siendo que se involucra un análisis de abstracción que involucra situaciones en varios países o varios sistemas jurídicos (Vivas, 2014). En este caso concreto se revisa la incidencia de instrumentos internacionales que podrían constituir una cuarta instancia, estremeciendo los criterios de consideración de las cortes de cierre nacional sobre la materia de responsabilidad del Estado-juez.

También debemos advertir que seguramente reflejaremos reportes de los famosos trasplantes jurídicos, como efecto del traslado de conocimiento normativo y judicial resultado del uso de jurisprudencia de organismos internacionales que devienen comúnmente en la actualidad para *“la creación y transformación de sus derechos internos”* o en el decir de la academia en general, entendiéndose como resultado del *“apoyo de las decisiones internas en materiales jurídicos extranjeros a los que atribuye altos niveles de prestigio”* (López Medina, 2015) ). El mismo autor sostiene que todo comparativista se compromete a investigar científicamente la evolución de las formas sociales, en especial aquellas que resultan normalizadas en figuras del derecho y su recorrido institucional.

Con esta idea en mente, tal como lo referencia Bechara (2019) en nota al pie de Kronman (2007), debemos analizar cuando el juez tiene la obligación de aplicar el derecho, actuación en la que no solo debe considerar las normas, sino también *“políticas y principios”*, por lo que insinúan los autores en cita que debe

hacerse “*uso razonable de su discrecionalidad judicial*” con el objeto de mostrar “*rasgos de justicia material a su fallo*”. Entonces, debe entenderse para efectos de este documento académico que el objetivo es precisamente debatir si esa discrecionalidad es el fenómeno que viene determinando errores en el sistema de justicia impartido por organismos estatales, o, al menos un importante sustento de responsabilidad estatal.

Por lo descrito anteriormente, resaltamos —como hemos insistido en anteriores trabajos— que los Estados para la efectiva protección de DDFF no limiten su garantía a simples actuaciones internas, pues como fue mencionado en las líneas que anteceden, al razonar políticamente viole precauciones omitiendo sus funciones. Hechos que podrían tipificar —como es sugerido en nuestro título “*responsabilidad del Estado-juez*”—, aunque en principio es ya una realidad, que: “*La responsabilidad internacional es la institución de Derecho Internacional público que comprende el conjunto de reglas que regulan las consecuencias de conductas violatorias de las normas internacionales*” (Pinacho, 2019, p.11).

Dando por cierto lo mencionado, debemos enfocar los criterios hermenéuticos idóneos por fuera de los sistemas jurídicos nacionales para establecer la responsabilidad del Estado-juez, puesto que siempre se dijo que “*si el juez ha de decir la última palabra, y su palabra por esencia es derecho, se sitúa por encima del error, expresión anglosajona, el Juez cannot do wrong*” (Castilla, 2017, p. 169).

Entonces, procedemos a identificar algunos elementos de la responsabilidad del Estado-juez descritos por la doctrina, inicialmente se realiza una rápida revisión del concepto de “*daño*” estatal, como fundamento de la responsabilidad del Estado-juez frente a organismos internacionales que determinan el interés

de estudio del presente examen, el cual viene definido por Henao (1999), referenciando a Eduardo García de Enterría, cueteado en trabajo de grado doctoral de Orjuela (2019):

*El perjuicio antijurídico (antijuridicidad objetiva) es principio de garantía del patrimonio, la lesión o perjuicio antijurídico “es ya un concepto jurídico”. El daño antijurídico equivale a perjuicio antijurídico que es aplicación de la Teoría de la Lesión, como principio objetivo que protege el patrimonio... (p.432)*

Sin embargo, insistimos, el daño que ocupa nuestra atención consiste en aquel que se origina en cuanto a una aplicación errónea de la actividad jurisdiccional del estado (Fernández, 2015). Aunque no se puede perder de vista que en Latinoamérica existe gran inconsistencia al respecto, verbigracia en México donde su academia manifiesta gran preocupación por estos fenómenos jurídicos. Ejemplo de ello lo constituye lo conceptuado por Paz (2016):

*... Nuestro ordenamiento constitucional y legal permanece al margen de la figura de la Responsabilidad Patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia, no cabe duda que también la impartición de justicia puede causar lesiones patrimoniales o de otra índole a los particulares, es imprescindible entender que la responsabilidad por los actos del juzgador necesariamente deben imputarse de manera directa al Estado pues dicho error deriva de uno de los poderes públicos del órgano estatal, con independencia de la forma en que se hayan generado los daños. El Estado, considerado más allá del Gobierno en turno, se gana el respeto, la confianza y el apoyo de sus ciuda-*

*danos a través de un actuar impecable, que, si bien no está libre de errores, los reconoce y repara. (p.118)*

Constituyéndose en gran inquietud que muchas legislaciones en el continente no tienen regulada legalmente la responsabilidad patrimonial del Estado, consideramos que los sistemas internacionales de altas cortes por vía de jurisprudencia podrían estar aplicando el principio de interpretación conocido por responsabilidad internacional del Estado-juez. De manera que al tipificar- se algunas conductas no en el sistema interno, pero sí en el sistema internacional, se reconocen en sus decisiones una adjudicación por reenvío jurisdiccional de los errores judiciales, de allí que resulte la necesidad de reparar o indemnizar ciertos daños probados en sede internacional.

Como atinadamente lo menciona Domenech (2016), el Estado responde cuando se comprueban:

*Perjuicios causados por los jueces al violar los derechos reconocidos a los particulares en determinados tratados internacionales, en los que se prevé la posibilidad de que el Tribunal supraestatal competente para declarar esas violaciones condene al correspondiente Estado a compensar a las víctimas... (p.171)*

A propósito de lo hasta aquí mencionado, desde hace largo tiempo se dice en trámites ante entidades internacionales que la actuación del poder judicial acarrea igual responsabilidad internacional del Estado al denegar justicia por acción u omisión a extranjero en su territorio (García, 1956). Pero, también es cierto que, incluso al desplegarse la actividad administrativa interna del Estado que no se compedezca con convenciones y otros instrumentos jurídicos internacionales, se tipifica su

responsabilidad, tal como se apreciará en líneas posteriores de este ensayo.

Por todo ello, es innegable que en materia de derecho internacional se viene haciendo tratamiento eficaz de la materia, especialmente por el material jurisprudencial en organismos supra-legales que regulan la responsabilidad del Estado sobre asuntos relacionados con los DDHH, que vienen revisándose en los foros subregionales, continentales y globales.

### **RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD REGIONAL O GLOBAL Y SU APLICACIÓN POR EL JUEZ INTERNO**

En este aparte es ineludible comentar sobre la famosa Corte Centroamericana de inicios de siglo, puesto que constituye el principal precursor de la responsabilidad internacional del Estado para nuestro continente, tal como fue aludida brevemente por García (1956), quien diserta que, por aquella época, de comprobarse denegación de justicia, aviniéndose las instancias legales internas, procedía la actuación ante esa entidad regional por el desconocimiento de tratados o demás asuntos de índole transnacional.

Tratándose de un estudio de derecho comparado, la idea del presente documento se encamina a revisar las divergencias y convergencias respecto al reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado-juez, en una y otras legislaciones y sistema normativo interno e internacionales. Para esta última categoría, quizás existirá la necesidad de revisar subcategorías en un sentido subregional, regional o continental, e incluso podrá ser necesario revisar entes con alcance jurídico global, creemos que ya está claro nuestro interés en desplegar un seguimiento del recorrido y formación institucional normativo en la materia.



En ese sentido, nos adentramos en un análisis de los efectos de irradiación normativa, que representa soluciones a las colisiones de asuntos sobre responsabilidad internacional del Estado-juez, y las formas modernas de resolver las antinomias, que posibilitan el lleno de contenido material normativo a las decisiones de un sistema a otro y viceversa, en un diálogo de jurisdicciones que se representa en trasplantes jurídicos insospechados hasta hoy.

En esa sintonía, las soluciones jurídicas a elementos fácticos que subyacen en decisiones que estarían implícitas en una responsabilidad del Estado-juez, se integrarían directamente al sistema jurídico. Esto es, en un fenómeno que Bechara (2019) denomina superación del plano de textura abierta y abstracción de principios que se interpretarían con fundamento en una metodología hermenéutica conocida como jurisprudencia de principios, interiorización normativa que posibilita que las decisiones judiciales se integren o adhieran a criterios y principios emanados de los bloques de constitucionalidad o de convencionalidad, según sea el caso.

Para visualizar la situación actual sobre el reenvío por responsabilidad patrimonial del Estado-juez, debemos revisar las tensiones entre el CC y el de convencionalidad para determinar los fundamentos de la irradiación normativa, en sustento de decisiones judiciales, donde el juez interno fungiendo como juez “anacional” (sea que dicho funcionario se constituya juez regional ejemplo interamericano o juez garante institucional global). En todo caso, al decidir dicha sentencia debe contener el lleno de las fuentes materiales de los DDFF, como una “*interface jurisprudencial-normativa*”; en consecuencia, aplicaría un “*enlace de conexión material*” que propiciaría una eficaz justicia, corolario de la interpretación hermenéutica adjetiva *pro homine*. De hecho, lo más favorable a los derechos del individuo, bases de nuestro parecer dogmático y metodológico, palabras más lo expresa Cavallo (2018):

*El control de convencionalidad es una doctrina explicitada por la Corte IDH que indica que los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, por lo tanto, todos sus órganos, están obligados a velar por el cumplimiento de las normas del tratado tomando en consideración la interpretación que de dichas normas ha realizado la propia Corte Interamericana como intérprete auténtico y final de la Convención (Nogueira, 2015; Núñez, 2015; Torres, 2016). Esta doctrina es una especificación de un principio clásico del derecho internacional. Este principio consiste en que un Estado que ha consentido en obligarse por un tratado debe cumplir íntegramente, tanto en el ámbito internacional como interno con dicha obligación internacional, adoptando todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos derivados de dicha obligación. (p.60)*

Criterios que al contextualizar los sistemas jurídicos en un escalafón de lo nacional a lo subregional, regional o continental y ulteriormente lo global, describen una lógica procesal de jerarquías con instancias geográficas inspiradas en una trayectoria procesal funcional, distribución de las jurisdicciones sobre protección de DDHH. Entendemos que esta última se fusionó desde la creación de los organismos internacionales de base global que, al partir de las declaraciones (título normativo de instrumentos jurídicos iniciales o fundacionales), fueron creando el reconocimiento de un sistema jurídico global de fracción regional subregional y bilateral. Desde entonces, se viene gestando el sistema de protección de los DDFF con una doble instancia internacional que determina un sistema jurídico uniforme de derecho de internacional de los DDHH, donde lo interno tributa por respeto a la convención y lo regional tributa por respeto a lo global.

Tal sincronización tiene su mayor implosión al interpretarse con fundamento en una hermenéutica adjetiva *pro-homine*.

La doctrina internacionalista, y en especial la que se ocupa del DIDH en conjunción con los DDFF constitucionalizados, acaece corroborando de vieja data, así por ejemplo es pertinente comentar el dicho de Claudio Nash y algunos de sus colaboradores, quienes con claridad esbozan que:

*... los tribunales de justicia deben utilizar los estándares en materia de derechos humanos para resolver casos concretos sometidos a su conocimiento. Dicha materia es compleja y dice relación con lo que hemos señalado en torno a las obligaciones del Estado. Recordemos que una de las obligaciones que tiene el Estado es la obligación de garantía, que implica que el aparato de poder estatal debe promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. En este contexto, los tribunales de justicia están obligados a dar una correcta aplicación a los estándares internacionales, de manera de cumplir con los mandatos normativos de los tratados. (Nash et al., 2012, p.51)*

¿Estaría corroborando la jurisprudencia de foros regionales o globales nuestras afirmaciones? Por lo pronto se podría anticipar la existencia de una última instancia con fundamento en que los organismos técnicos o especializados al decidir constituyen una fuente material o real de las garantías a los DDFF, que a nivel supranacional se denomina DIDH. Razón por la cual si un juez interno desconoce los DDHH establecidos en tratados y convenciones, este último podría incurrir en responsabilidad por error

judicial, que a su vez podría tipificarse en una responsabilidad internacional del Estado.

En este punto conviene determinar si el control de convencionalidad es aplicable imperiosamente por el juez internacional o la alta corte internacional, de manera que en derecho comparado por contraste se interpreta que el juez interno debe obediencia a la jurisprudencia internacional, en ejercicio de una hermenéutica adjetiva *pro-homine*. Este razonamiento, indica que el juez interno al constituirse en juez internacional debe aplicar la convención o tratado con principios más protectores o que la jurisprudencia internacional que los aplique, reconozca o interprete, fenómeno que toma lugar por extensión de la irradiación normativa, situaciones fácticas entendidas y expeditas, dado que actualmente la doctrina da por sentado que los jueces crean derechos.

En este mismo sentido, exhorta Nash (2012), la obligación que tienen los administradores de justicia no solo de seguir los lineamientos legales de orden nacional en razón de su actividad interpretativa, sino también que dicha interpretación sea compatible con las obligaciones supranacionales o internacionales del Estado en cuestión, lo que supone el cumplimiento y la concreción de las garantías reconocidas internacionalmente, por medio del control de convencionalidad, definiendo el sustento normativo.

Demostrado con suficiencia doctrinal y temporal, se da por sentado que los jueces internacionales crean derecho, siendo que se extiende al derecho interno por vía del bloque de constitucionalidad o de convencionalidad; franquea revalidada la decisión internacional sobre interpretación de la convención con carácter imperativo, de donde se tiene un criterio jurídico que sustenta las críticas a la regla de interpretación monista nacionalista, como lo sugiere Lovatón (2018):

*El margen de apreciación nacional [...] no es necesaria ni conveniente, al poder recurrirse a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad en los dos supuestos en que el margen de apreciación nacional podría ser aplicable: en la determinación de la debida protección de los derechos fundamentales por parte de un Estado en cada caso concreto y en la implementación de lo dispuesto por la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sede nacional. (p. 339)*

Razones por las cuales se persiste en la idea de aplicar las garantías a los DDFF por vía de la interpretación monista internacionalista en la materia objeto de este análisis, como se expondrá a continuación.

### **ALTAS CORTES INTERNACIONALES ENTES TIPIFICADORES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO JUEZ Y ORGANISMOS DE CIERRE PARA JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES**

Siendo tiempo para atender el interrogante inductivo de este capítulo, es importante cuestionarnos: ¿los tribunales regionales y entes globales de protección de los DDHH y de los DDFF, en términos procesales, estarían construyendo una nueva forma de organismos de cierre judicial supraestatal?

A estas alturas de nuestra actividad académica y del discurso en que discurre este documento, no queremos referirnos a una debatida “cuarta instancia”. En realidad queremos categorizarla o caracterizarla como una última instancia o instancia de cierre, que en la práctica la irradiación normativa en términos de DDHH tiene un recorrido institucional revisable y comprobable. Es decir, ya está probado incluso por el solo transcurrir del tiempo, la

forma en que aquellos primeros instrumentos de constitución de organismos internacionales especializados, denominados declaraciones, fueron evolucionando en el proceso de su natural trayectoria y maduración estatutaria, deviniendo en verdaderos instrumentos jurídicos que desplegaban la descripción de procedimientos y tramites tanto administrativos y judiciales.

Adicionalmente, fueron desplegando operacionalmente acciones de una y otra índole especializada e institucionalizadas, y cubriendo vacíos políticos, jurídicos, incluso económicos por vía de colaboración y cooperación, hechos que hoy son innegables a nuestros sentidos; tienen una verdadera existencia material y sus actos tienen efectos jurídicos.

La revisión de esos efectos jurídicos ya es popular, pero la inercia de los conceptos nos persigue, así que muchos insisten en la categoría diplomática de estos instrumentos y de la estrategia política de los líderes de aquellos tiempos que recuperaban el tejido institucional y las estructuras de coordinación entre pares estatales y demás sujetos de derecho internacional, quienes fueron partícipes de una comunidad internacional herida de guerra. Todo data desde mitad del siglo anterior en una convaleciente sociedad global que se recuperaba, tiempo en el que dicho sistema jurídico se presentó fundado en la aplicación de criterios voluntaristas, situación exigida socialmente para la instalación del sistema normativo internacional de aquel entonces.

Se incita por explicación de lo acontecido históricamente, que inicialmente, se estableció a nivel diplomático como instante de nacimiento normativo, aun cuando hoy día su desarrollo con base en modernos sistemas de comunicaciones y transporte sigue en progreso y es viable realizar actividades a grandes distancias en tiempo real y con inusitada inmediatez. Una buena parte de la

sociedad y la academia persiste en endilgarles la fastidiosa frase de “no vinculantes”, ignorantemente o con falta de tecnicismo un “no obliga”, pero el itinerario institucional de los organismos de derecho internacional actual apunta a otra realidad.

Siendo así, no es posible argumentar que los instrumentos base —que ya hace mucho tiempo escalonaron en aplicación y referencia histórica e institucional— “no aplican”. Preguntamos entonces, ¿no aplican la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948?, ¿tampoco aplican las garantías explicitadas en los DDFF establecidos en la CEDAW de 1979?, ¿acaso tampoco aplican los tratados y resoluciones que velan por los derechos de los niños y niñas o de los discapacitados, etc.? Según esta lógica, ninguno de estos ejemplos normativos de naturaleza internacional aplicaría, si es así, al menos en cuanto teoría, la lógica que lo sustenta no pertenece a la realidad de este mundo.

Es preciso aclarar, que incluso en materia del derecho privado, fueron adoptadas todas estas fuentes materiales del derecho. Hoy son muy reconocidas decisiones a nivel continental de un área acreditada como *ius constitutionale commune*, cuando verbigracia se conceptúa —por Solórzano (2020)— que dicha área jurídica permite someter de manera directa los derechos de las personas a los árbitros. Así mismo, se podrán tener en cuenta dichos fallos arbitrales, lo que supone que se establecerá un diálogo armónico entre cortes dirigido a la protección de los DDFF de los individuos.

Esta otra muestra de *positivización* de la hermenéutica de los principios, teóricamente podría citar y explicarse con fundamento en la irradiación normativa que sustenta procesalmente que los tribunales regionales de DDHH al declarar y establecer responsabilidades patrimoniales internacionales del Estado, por vía

del control de convencionalidad o los jueces internos al hacer uso del bloque de convencionalidad de manera voluntaria e institucional en sus decisiones, pues se estaría aplicando conexión material de los DDFF. Por lo que igualmente les asiste una irradiación normativa de la decisión judicial en esta materia, asunto que no es tan reciente como podría pensarse, pues se conocen adopciones de esta figura jurídica. En su momento fue denominada fuente material de DDFF, nos referimos al famoso caso de Luth, en el cual se establece —a la luz de Barrero (2012)— una naturaleza “elástica” de la protección o extensión de las llamadas garantías de los DDHH.

En directa relación con lo estipulado por Barrero (2012), remite la lectura a lo estipulado por el Tribunal Constitucional Federal el 15 de enero de 1958, en el cual se desarrollan dos fuentes o planteamientos discrecionales de dicho fenómeno antes mencionado:

*... i) en el cual los derechos de naturaleza fundamental son a su vez derechos de defensa y principios objetivos y ii) el llamado efecto de irradiación de las premisas o garantías de naturaleza fundamental. Por lo tanto, y en relación a lo anterior, se establecen los principios como marcos de interpretación extensa, lo cual supone la posibilidad de ponderar normas en conflicto llevando las garantías “expandiéndolas” hasta donde estas deben aplicarse.*

Consecuentemente, y más contemporáneo a nuestros tiempos, pero en uso de los mismos elementos conceptuales y metodológicos, encontramos la opinión con autoridad de Nash et al. (s.f.):

*... Los sistemas de protección internacional, en tantos sistemas jurídicos, contemplan tres elementos: norma-*



*tivo, orgánico y procedimental. En cuanto a lo normativo, los instrumentos internacionales han reconocido los valores involucrados (normalmente en el preámbulo), las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos. (p.58)*

Entonces, los instrumentos tienen la capacidad de la creación de diversos órganos dirigidos a la protección de los DDFF, dichos instrumentos determinan cuál será el grado de integración de estos y las funciones que estos podrán desarrollar. En cuanto al ámbito procedimental, se han determinado un conjunto de sistemas de protección entre los cuales se destacan por su mayor uso las observaciones generales (las cuales se configuran como el establecimiento por parte del órgano de una guía dirigida al Estado para el interpretar de las obligaciones adquiridas por el mismo); los informes; y, por último, los procedimientos de conocimiento de casos de naturaleza individual (p.58).

Para efectos del presente trabajo, la cita aplica perfectamente en nuestro afán de dilucidar la aplicación jurídica ante organismos judiciales incorporados en altas cortes internacionales a todo nivel. Especialmente cuando estos últimos hacen interpretación autorizada o auténtica de un instrumento (s) internacional (es) de la creación de su (s) respectiva jurisdicción, ejercicio que conlleva el uso del bloque de convencionalidad o tratabilidad. Con base en estos despliegan una guía hermenéutica para la aplicación del sistema normativo en sí mismo, por irradiación normativa de las decisiones de altas cortes internacionales.

Al realizar una distinción entre principios rectores y reglas de interpretación para la teoría de jurisprudencia de principios, el fenómeno puede revisarse en los famosos diálogos jurisdiccionales como modelo de adjudicación de los DDFF. “El juez deberá

hacer uso razonable de su discrecionalidad judicial”, valga decir aplicación “*Injurisprin*”, para significar interpretación con fundamento en la jurisprudencia de principios; o si se prefiere, también relaciona la jurisprudencia de los órganos de cierre y sus alcances en la protección de derechos, a nivel interno y de la jurisprudencia internacional sobre sus alcances jurisdiccionales no solo en el reconocimiento sino en la aplicación convencional *prima facie*.

Así mismo, se señala lo establecido por Argel y Bechara (2019), en cuanto a un paradigma más allá del positivista, el cual se denomina de manera general como “*el derecho más allá de la Ley*”, el cual supone una estructura jurídica o un derecho construido por principios. Posteriormente, señalan los autores, un segundo momento o etapa; una distinción entre reglas y principios, lo que supondrá la superación de los conceptos de ley y derecho por un derecho, como antes se mencionó, estructurado por principios.

En concreto, para el interés desde el intitulado de este documento, valga el ejemplo de aplicación de responsabilidad del Estado-juez como lo trae a colación lo conceptualizado por Núñez (2015), cuando examina el caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, reseñando que:

*... la Corte no encuentra pertinente ordenar a Chile la adecuación de su derecho interno ya que las violaciones al derecho a la libertad personal constatadas en la presente sentencia se derivan de la interpretación y aplicación judicial de dichas normas. No obstante, la Corte recuerda que las autoridades judiciales deben aplicar los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte (supra párrs. pp. 307-312) en ejercicio del control de convencionalidad [...]. (p. 63)*

De lo anterior se deduce que dogmáticamente existe en la actualidad la idea fundada en la práctica que enseña que las altas cortes internacionales son los entes autorizados para la interpretación de los tratados sobre DDHH. La consecuente translocación de esos criterios normativos indica cómo los sistemas internos deben armonizar sus reglas y concretar la apropiación de esos principios, específicamente en el reconocimiento de la irradiación normativa de las decisiones judiciales en sede internacional.

En razón de lo anterior, se especifican a continuación dos ejemplos de organismos regionales con los que es posible referenciar nuestra tesis jurídica, siendo necesario un ejemplo nos apoyamos en lo establecido por Arenas (2020) cuando menciona que:

*... el sistema judicial europeo se desdobra en dos: aquellos órganos que se integran en el sistema institucional de la UE (Tribunal de Justicia de la UE) y aquellos órganos judiciales nacionales que funcionalmente han de ser considerados como instituciones de la Unión en tanto en cuanto aplican el derecho creado por ésta no como derecho ajeno, sino como derecho propio. (...) El control judicial de la eficacia de la ley, clave para la eficacia del Estado de Derecho, precisa en la UE de la articulación de las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia de la UE, sin olvidar el papel que puede jugar el Tribunal de Estrasburgo. (pp. 71-77)*

Volviendo al tema central de este documento, en relación a la responsabilidad patrimonial del Estado-juez nacional en foro regional europeo, debemos ilustrar nuestro punto con fundamento en el dicho de Moreno (2018), quien establece que:

*... los derechos recogidos en el CEDH operan como “estándar mínimo de garantía” de los derechos fundamentales respecto del derecho de la Unión Europea y, por supuesto, también respecto de los ordenamientos internos [...] los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CEDH no solo deben servir de intérpretes de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución (art. 10.2 CE), sino que, además, el CEDH forma parte del ordenamiento jurídico nacional y constituye una fuente del derecho que debe ser aplicada del mismo modo que las restantes fuentes positivas y que, incluso, por su posición jerárquica (carácter suprallegal), goza de primacía en la aplicación de las normas (pp.90-91).*

Por otro lado, El TEDH se establece como un órgano de control relevante en cuanto a la aplicación e interpretación de lo establecido en los cuerpos normativos del CEDH y de sus protocolos (art. 19), esto con la obligación dentro de su funcionalidad de asegurar la protección y concreción amplia de los derechos mediante el denominado control jurisdiccional (Moreno, 2018).

En este sentido, es necesario revisar:

*La supranacionalidad del ordenamiento jurídico de la UE goza de un más alto grado de integración en el derecho español. Ello ha quedado evidenciado con la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la que ha introducido un nuevo art. 4. bis, en cuyo apartado 1 afirma que: los jueces y tribunales aplicarán el Derecho de la UE de conformidad con la jurisprudencia del TJUE (BOE, nº. 174, de 22 de julio de 2015)*

En términos generales no se puede desconocer que a pesar de las evidencias se continúa debatiendo sobre el control de convencionalidad, puesto que algunos organismos regionales como el interamericano luce como un control posterior; pero en otros, como el europeo, goza de “*prejudicialidad como mecanismo difuso en jurisdicción de la Unión*”, asignado como “**control previo de comunitariedad**”. Realmente al indagar la normativa interna, en unos y otros sistemas regionales en muchos se denota la ausencia de regla expresa para determinar responsabilidad patrimonial del Estado-juez. Se trata de un vacío que aparentemente se resuelve con aplicación de diferentes figuras o denominaciones jurídicas que se muestran con matiz difuso de control, el caso europeo con un aire más pragmático al señalarlo por un criterio comunitario, en el ya mencionado “*control de comunitariedad*”. En específico, unas reglas de interpretación que indican nombres específicos, ejemplo control “*por funcionamiento anormal de la justicia*”, “*indebida diligencia*” o “*falta de tutela judicial efectiva*”. En algunos sistemas regionales más fieles a la prosa convencional, pero otros que pareciesen nominarse como bloque de tratabilidad refiriéndose en general al título “*tratados*” que es más omnicompreensivo que convención. En todo caso, la conclusión de nuestra investigación es que las lagunas técnicas pueden ser solventadas con una mayor visibilización de las soluciones aplicadas y una buena coordinación de los famosos diálogos jurisdiccionales.

Por otro lado, con el fin de determinar y declarar la responsabilidad internacional patrimonial del Estado-juez cuando existe error en las providencias o decisiones emitidas por sus órganos judiciales competentes al inobservar las obligaciones generales consagradas por ejemplo, en la CADH artículo 1.1 (obligación de respeto y garantía por los DDHH), y la consecuencia directa del deber de reparación integral para la tutela efectiva de los DDHH

vulnerados, al intérprete autorizado le resulta necesario revisar y ejercer la obligación conforme o el control que supone la garantía. Lo anterior se refiere a la protección y defensa de los principios democráticos y DDHH impartidos en el tratado internacional, que posee la mayor fuerza vinculante en el territorio nacional en cuanto a la garantía de los DDHH y su jurisprudencia, denominado “*control de convencionalidad*”. Este último, le permite al poder judicial recepcionar la normativa internacional cuando existan incompatibilidades en su sistema jurídico interno, buscando el cumplimiento eficaz de los derechos reconocidos convencionalmente y dejando sin efectos aquellas decisiones judiciales que, a través de la verificación de conformidad, resulten contrarias a las establecidas en el ámbito internacional.

El mencionado proceso de trasplante de normas internacionales garantistas de DDHH no puede ser asimilado desde el principio nacional del “margen de apreciación” que le permite a las autoridades soberanas del Estado decidir en qué momento y cómo las adhiere a su ordenamiento jurídico interno (Nash, 2018), sino, desde la intervención de un órgano internacional competente, denominado “*tribunal supranacional convencional*”, que califique cierta situación fáctica, identifique la falla en el funcionamiento de la administración de justicia interna e imponga la sanción respectiva al Estado responsable por el error jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones. Dicha sanción tiene el sustento legal en el artículo 63.1 de la CADH, que supone la aplicación y ejecución de un principio de carácter internacional que establece que, quien cause daños o perjuicios antijurídicos a otro, incurrirá en la necesaria obligación de hacer cesar las consecuencias de la violación a los DDHH pagando una justa indemnización fijada en términos de equidad, en un tiempo o plazo razonable.

Al ser el error judicial producto de la indebida utilización de la facultad jurisdiccional —de la que están investidos los órganos judiciales al proferir providencias contrarias a Derecho, y que no puedan ser subsumidas en alguna correcta permitida dentro del sistema jurídico interno— debe responder al lleno de ciertos requisitos o presupuestos que permitan su configuración y den lugar a la adjudicación de la responsabilidad internacional del Estado por esa causa. Así las cosas, el sujeto víctima que actúe como interesado dentro del proceso debe interponer todos los recursos de ley pertinentes contra la decisión judicial en firme que produzca el daño o perjuicio violatorio de DDHH, para que, con posterioridad, el órgano internacional encargado de realizar la interpretación conforme a la Convención evalúe los hechos fácticos y determine la imputación o reconducción del nivel de responsabilidad atribuido a dicho Estado.

En definitiva, el proceso hermenéutico interpretativo con fundamento en la obligación conforme a la Convención, realizado por el tribunal supranacional convencional desde su competencia material, resulta de armonizar y aplicar los DDFF a partir de la verificación, en sede internacional, de la congruencia o compatibilidad entre la normativa interna con los preceptos establecidos en los tratados internacionales como primera fuente de juridicidad y los estándares desarrollados en su jurisprudencia. Y, con base en esa actuación judicial, determinar la existencia del hecho ilícito internacional y emitir la sentencia declarativa y condenatoria que corresponda al Estado en su conjunto.

En lo que corresponde al denominado error judicial, lo cual configura un reenvío de responsabilidad de naturaleza internacional del Estado-juez, la cual determina o es la base sustantiva para la configuración de una responsabilidad de orden patrimonial estatal, sobre lo anterior es posible referenciar lo establecido por

Nash (2018) acerca de la aplicación del principio de apreciación, el cual supone: “... un criterio interpretativo que otorga un amplio espacio de discrecionalidad a los Estados a fin de que puedan definir elementos relevantes para el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos.” (p.6)

Dicho principio, supone en su aplicación un proceso o una pre-ponderación en razón de diversos principios o figuras, lo cual puede derivar en dicho proceso en la afectación misma de la justicia, en cuanto diversas formas de dilatación o negación de justicia explicitada en la no aplicación de los lineamientos internacionales. Esto supone criterios que configuran en ambos sistemas regionales factores propios del denominado error judicial como responsabilidad internacional estatal.

Dentro de lo anteriormente descrito, se puede establecer la aplicabilidad de dicha metodología en cuanto a la interpretación de la configuración de la responsabilidad patrimonial de naturaleza internacional del Estado por error judicial. Razón por la que se supone que se deben insertar dentro del lenguaje constitucionalista interno los principios constitutivos del derecho internacional en razón de la protección de los DDHH, lo que supone una referencia o inclinación hacia las nuevas formas de constitucionalización del derecho internacional o la internacionalización del derecho constitucional.

Se debe definir, de manera final, que se busca un análisis específico del error judicial en cuanto trasplante normativo, como un elemento paradigmático en cuanto estudio comparativo entre la funcionalidad y naturaleza en dicha materia, que con un matiz contextual puede inferir la interpretación adecuada que ponga límite a los abusos, negligencia o descuido del Estado-juez con respecto a sus ciudadanos, constituyentes primarios que tendrían la asistencia de entes supranacionales en garantía a la protección de sus derechos.



## REFERENCIAS

- Barrero Berarsinelli, J. A. (2012). El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Lüth de 1958. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 10(20), 213-246. Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13728>
- Núñez Donald, C. (2015). Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. *Anuario De Derechos Humanos*, (11), pág. 157-169. <https://doi.org/10.5354/adh.v0i11.37497>
- Solórzano Quintero, J. F. (2020). La garantía de los DESCAs a través del dialogo judicial y arbitral. *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, 13. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.8672>
- Moreno Vida, María Nieves (2018). El derecho a un proceso equitativo en el convenio europeo de derechos humanos. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*. N° 145, 2018. pág. 87-119. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6869651>
- Arenas García, R. (2020). El Estado de Derecho en la UE: Significado, desafíos y perspectivas de futuro. *Araucaria*, 22(45). Recuperado a partir de <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/13488>
- Bechara, A. (2019). *Jurisprudencia de principios “metodología para a interpretación judicial de los derechos fundamentales*. Barranquilla: Universidad del Norte.

- Teijo García, Carlos & Durán Suárez, Carlos. (2016). La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España. Revista electrónica de estudios internacionales (REEI). N° 34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6258215>
- Carrillo de la Rosa, Y. (2012). El problema de la validez y del actual sistema de fuentes en el derecho colombiano. Editorial Universitaria sección de publicaciones universidad de Cartagena Espitia impresores S. en C.
- Orellana, M. A. (2014). Tipología de instrumentos de derecho público ambiental internacional. Cepal.org. <https://hdl.handle.net/11362/37184>
- Nash Rojas, Claudio; Milos, Catalina; Nogueira, Andrés; Núñez, Constanza. (2012). Derecho Internacional De Los Derechos Humanos En Chile Recepción Y Aplicación En El Ámbito Interno. Universidad de Chile Facultad de Derecho & Centro de Derechos Humanos.
- Nash Rojas, Claudio. (2009). Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007). Universidad de Chile Facultad de Derecho & Centro de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Control De Convencionalidad. Cuadernillo De Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos. N° 7.
- Pinacho Espinosa, Jacqueline Sinay.(2019). El derecho a la reparación del daño en el Sistema Interamericano. CNDH MEXICO.

- Bernal-Gómez, D. R. (2014). La responsabilidad internacional del Estado derivada en la demora en la toma de una decisión judicial. (Alusión al caso García Mateos contra España). *Derecho y Realidad*, 12(24), 175-192. <https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n24.2014.4539>
- Lovatón Palacio, David. (2018). ¿Debería Incorporarse En El Sistema Interamericano De Derechos Humanos La Noción De Margen De Apreciación Nacional? *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. N° 2. Pág. 339-368. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7027908>
- López Medina, D. (2015). El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina. *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 13(26), 117-160. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm>
- Doménech Pascual, Gabriel. (2016). El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial. *Revista de Administración Pública*. N° 199. Pág. 171-212. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.199.05>
- García Amador, Francisco. (1956). Responsabilidad del Estado. Informe Documento A/CN.4/96. Responsabilidad internacional. [https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a\\_cn4\\_96.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_96.pdf)
- Fernández Farreres, German. (2015). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública y de otros Poderes Públicos en el ordenamiento jurídico español*. Fondo publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

Paz Medina, L; González Hernández, M; Ramos Ferrer, J. (2016). Estado del arte del error judicial en México. Revista Iberoamericana de Ciencias. Vol. 3 Num 7 - Diciembre. Pág 118-134- <http://www.reibci.org/publicados/2016/dic/2000112.pdf>

Pallares, J. (1996). Derecho internacional público. Leyer.

Vivas-Barrera, Tania Giovanna. (2014). Un ejercicio de Derecho Comparado en materia de Derechos Humanos. Entramado, 10(1), 176-189. Retrieved July 14, 2023, from [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1900-38032014000100011&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1900-38032014000100011&lng=en&tlng=es).



**CAPÍTULO V**  
**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN**  
**DEL DERECHO PENAL**  
**COLOMBIANO: Relación**  
**sociedad-derecho**

*Álvaro Salgado González*  
*Edgardo Manuel Serpa Sua*  
*Carolina García Tarrá*



## INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, los académicos del derecho penal se han esmerado en establecer teorías de aplicación universal, tratando de separar los desarrollos doctrinales de la influencia de la subjetividad, por medio de procesos objetivos de creación e interpretación de normas jurídicas. De cierta forma, se pretendía la creación de una teoría pura del derecho (Kelsen, 1982), la cual no estuviera condicionada al devenir histórico, político o social, siendo entonces, que se procuraba entender a las ciencias jurídicas como un sistema cerrado.

Ahora bien, la sociología ha facilitado el entendimiento en la comprensión de los fenómenos sociales, siendo que esta disciplina al momento de hablar del derecho, y sobre todo si se refiere al penal (Zaffaroni, 2016), se inclina por considerar que este es el resultado de una determinada configuración social. Así, por ejemplo, para los que abogan por tesis conflictivitas (Lorenzo, 1995), los delitos se encuentran determinados —en tanto su existencia y configuración— a partir de los choques y discusiones producidos por los distintos grupos sociales que se encuentran en conflicto, siendo que del resultado de dicha contienda surge la potestad en cabeza del vencedor, de establecer el derecho aplicable, funcionando de la misma manera para todo el ordenamiento jurídico. Por otro lado, si lo que se adoptan son tesis consensuales (Habermas, 2021) se puede entender que las configuraciones jurídicas dentro de un Estado tienen su génesis en espacios de deliberaciones y diálogos que al final son finiquitados por medio del ejercicio democrático de los individuos que se encuentran directamente involucrados o aludidos, quienes votan a partir de las reflexiones colectivas e información sobre la situación a decidir (Gargarella, 2016).

En observancia de esta base teórica, se entiende que la sociedad en su conjunto funciona como un sistema articulado, el cual se encuentra unido por lazos comunicacionales que permiten la superación de la doble contingencia como problema originario de la sociedad (García, 1997). Este sistema, en un principio, se pudo llegar a considerar como totalmente cerrado y su evolución se encontraba supeditada a un sistema totalmente autopoiético, pero dicha circunstancia fue modificada fruto de la globalización (De Sousa, 1998).

El sistema social, a su vez, está compuesto por subsistemas, entre los que se encuentra el derecho, el cual ha querido ser percibido, en tanto a su construcción y configuración, como totalmente autopoiético, considerándose como un subsistema cerrado (Teubner, 2005). Sin embargo, esta comprensión contradice las realidades históricas, puesto que la doctrina jurídica se encuentra influida por los cambios sociales internos al sistema, como aquellos que son externos y debido a su gran magnitud de impacto interfieren con la totalidad de la organización del globo. Por ende, un mejor entendimiento del derecho es aquel que señala que este es un sistema semicerrado, en el cual coexisten influencias externas de creación jurídica, como procesos autopoiéticos de construcción (Luhmann, 2007).

Los anteriores son aspectos comunes a todos los sistemas jurídicos; no obstante, solo se pretende analizar el proceso de constitucionalización del sistema penal colombiano a partir de los modelos configurativos de la sociedad. Para ello, se comenzará estudiando la relación Estado-derecho penal, a partir de las distintas formas de organización de las mismas, juntos a sus procesos de creación constitucional, se proseguirá haciendo un devenir histórico de los procesos constitucionales en Colombia y su relación con el sistema penal, para finalizar analizando el proceso



de implementación de la CPC de 1991 en la esfera penal colombiana, por lo que en este último punto se hará especial énfasis en el rol y potestades del juez constitucional en la configuración y ejecución del DP.

## **INTERRELACIONAMIENTO ENTRE MODELO ESTATAL Y SISTEMA DE DERECHO PENAL**

Se avizora un desacierto por parte de algunas posturas académicas que pretenden desprender el derecho de las realidades sociales y políticas, ignorando la interacción entre configuración estatal y DP. Por lo tanto, en lo que sigue se hará un discurrir histórico, con el objetivo de observar la interrelación entre las formas en que la sociedad escoge determinarse y el DP que pretenden aplicar. Esto para demostrar que, dentro de un Estado constitucionalmente fuerte, el DP va a presentar una tendencia a su adecuación, estando ligados los fundamentos constitucionales con los penales.

### ***Edad primitiva***

Periodo conformado desde el inicio de la historia con el descubrimiento de la escritura (Vallejo, 2021) hasta la caída del imperio romano de Occidente en el siglo V d.c. (Gómez, 2012). En esta etapa los desarrollos de la sociedad apenas comenzaban a darse, la especie humana empezaba a superar el nomadismo, producto del descubrimiento de la agricultura (Noha, 2019), asentándose en territorios contiguos a grandes fuentes hídricas, por lo que surgieron de esta manera las primeras civilizaciones.

En lo que se refiere al delito, este era visto como un agravio, el cual debía ser subsanado mediante la restitución del mismo, sumado a una reparación. El sistema penal se caracterizaba por ser

procesalmente acusatorio, dispositivo de la víctima en tanto su accionar, y encaminado a la satisfacción del espíritu vindicativo del ofendido, además las ofensas no se encontraban establecidas en legislación alguna, siendo la costumbre y la equidad la principal fuente de derecho (Sandoval, 1998).

Se debe resaltar un aspecto importante referente al juzgador en tanto a su fundamentación, dado que en aquella época aún no se contemplaban los preceptos legales de jurisdicción y competencia, a saber, el derecho guarda una estrecha relación con la epistemología, debido a que la finalidad última del proceso es saber la verdad, por lo que necesariamente las formas de cada sistema penal estarán delimitadas por las imposibilidades mismas del conocer. En este periodo, la principal fuente de conocimiento era el mito, la cual era transmitida de generación en generación (Vallejo, 2021); tradiciones que daban cuenta de un origen místico del mundo y orden cósmico estipulado por los dioses, que al ser quebrantado traía consigo el caos, como lo representa la tragedia griega “Antígona” de Sófocles. Debido a esta configuración de la sociedad es lógico que los “jueces”, en las causas penales, fueran los más ancianos, puesto que se les consideraban los más sabios por su conocimiento de las tradiciones y ritos, como era el caso de Grecia; o, en otras latitudes como Roma (Medellín, 2017), la potestad de juzgar se concentraba a su vez con un manto clerical, por lo que las decisiones tomadas por los pretores revestían de autoridad celestial.

Como caso famoso dentro de este periodo se puede observar el juicio contra Sócrates, narrado por Platón su discípulo, quien es condenado a morir ingiriendo cicuta por contrariar las leyes divinas y pervertir las mentes jóvenes, al enseñarles el arte de dudar y pensar.

## **Edad Media**

Este periodo abarca desde el siglo V d.c. hasta el descubrimiento de América en 1492. Lo más destacable en esta época es la expansión del catolicismo, luego de que el emperador Teodosio en el edicto de Tesalónica lo convirtiera en la religión oficial del Imperio romano (Gómez, 2012). En esta fase surge la famosa teoría de las dos espadas, siendo una el poder militar y la otra el respaldo divino.

El modelo estatal es el monárquico, liderado usualmente por un rey, el cual, como llegó a referir Enrique VIII de Inglaterra, tenía derecho de gobernar dado que ellos eran los únicos representantes de Dios sobre la tierra. Dicha condición, a su vez, justificaba la concentración de poderes públicos, permitiéndole al monarca mandar sobre la administración del erario, así como legislar y juzgar. No existía una tipificación previa de los delitos, y la imposición de las sanciones variaba mucho dependiendo de quién cometiera la falta, siendo usualmente más benevolente para los miembros de la nobleza (Bustos, 2012).

El delito es asimilado a conductas pecaminosas o delitos de lesa majestad, por lo que la pena es vista como una forma de expiación a la vez que una declaratoria de guerra por parte de la autoridad del rey ante el ciudadano infractor. Las sanciones podían variar entre penas pecuniarias hasta la muerte por medio de mecanismos de tortura y espectáculos públicos como ser ejecutado mediante desmembramiento por caballos (Foucault, 2018).

Se debe resaltar el surgimiento del primer antecedente de un código penal, procesal penal y penitenciario con la implementación del *Malleus Maleficarum*, que a su vez abre las primeras puertas de lo que luego se conoció como criminología (Zaffaroni, 2018).

Los procesos penales eran de corte inquisitivos, con reserva del sumario, la acción penal se podía iniciar con denuncias anónimas y se condenaba mediante un sistema de tarifa legal, siendo la confesión la prueba reina, habilitándose la tortura como medio de conseguirla. Esta tenía ciertas restricciones, tales como la imposibilidad de aplicarlas con ancianos o niños, la no implementación de métodos que causaran la muerte y ante su imposibilidad de obtener la confesión quedaba inhabilitada la pena de muerte. (Foucault, 2018)

En definitiva, la configuración del DP se encontraba conforme a la autoridad del rey, siendo él quien determina la vida y la muerte por medio del *ius puniendi*, ejercido en virtud de su autoridad divina.

### ***Las luces de la ilustración iluminan el derecho penal: el surgimiento del Estado de Derecho Liberal***

De este periodo surgen los que fueron denominados los precursores del derecho penal moderno (Bustos, 2005), quienes no solamente elevaron fuertes críticas a los modelos de Estado imperantes en su época, sino que además propusieron cambios y soluciones para dichas problemáticas.

Esta época se enmarca en dos momentos distintos, un primer momento de producción académica, en donde se establecen las bases ideológicas de las nuevas constituciones, así como de la forma de gobernar y un segundo momento de reorganización y cambio de la sociedad, caracterizada por las revoluciones del siglo XVIII (Foucault, 2016).

El momento de producción académica, el cual se nutrió del *ius naturalismo*, del *contractualismo*, del *utilitarismo* y del *raciona-*

lismo, proponen un nuevo modelo de Estado, caracterizado por un profundo cambio de pensamiento; los factores reales de poder (Lassalle, 2018) comenzaron a sufrir cambios profundos, ya la teocracia no podía ser el fundamento de la autoridad, se propone en cambio un Estado de intervención mínima y de libertades máximas, en donde el poder resida en el pueblo, separando a Dios de la función gubernamental.

Además, se comenzaron a hablar de contratos sociales (Rousseau, 2018,) los cuales tenían como finalidad última tutelar derecho, ya sea que el individuo los trajera de la naturaleza por su condición humana buscando garantizarlos y reforzarlos mediante la cesión de otros (Hobbes, 2005), o que haya sido el propio contrato social el que le haya dado origen a los mismos (Locke, 2010).

En lo que respecta a la materia penal, el cambio doctrinal fue inconmensurable, pero se encuentra perfectamente sintetizado en la magna obra “De los delitos y de las penas” de Cesare Beccaria (1994), cuyas tesis principales se resumen en (Agudelo, 1994):

- I. Existencia de íntima relación entre el modelo de Estado y el Derecho Penal.
- II. Distinción de diversos ordenes de regulación de la conducta humana y desacralización de la función punitiva.
- III. El ejercicio de la función punitiva encuentra límites.
- IV. Crítica a las penas inhumanas (creación de los fines y límites de la pena).
- V. Principio de legalidad de los delitos y de las penas.

- VI. Principio de separación de poderes.
- VII. Presunción de inocencia.
- VIII. Reducción al máximo de la prisión preventiva.
- IX. Rechazo de la pena de muerte y de la tortura.
- X. Rechazo de las acusaciones y pruebas secretas (publicidad de los procesos).
- XI. Lucha contra la causa de los delitos como medio de prevenirlos

Partiendo de todos estos presupuestos surge la filosofía liberal, siendo esta la base ideológica del nuevo modelo de Estado, el denominado Estado liberal, caracterizado por el reconocimiento de la igualdad de las personas, el respeto al principio de legalidad y la asunción de la democracia como fundamentación para el ejercicio del poder, sobre todo el ejecutivo y el legislativo, los cuales debían ser ejercido por el pueblo por medio de sus representantes.

Así mismo, se resalta la reducción de autonomía de los funcionarios de la rama judicial, quienes terminaron siendo simples reproductores de la ley por medio de la implementación de procesos de subsunción de normas a casos en concreto, siendo entonces los jueces la simple boca de la voluntad popular manifestada en la rama legislativa.

El momento de cambio y reorganización social fue en la Revolución francesa de 1789 y la Revolución de Estados Unidos de 1784, en donde se pusieron en práctica los ideales liberales una

vez vencidos los antiguos regímenes, dando inicio a las primeras constituciones liberales.

Todas estas transformaciones modificaron las estructuras de la sociedad, generando fuertes límites al DP en virtud de la prevalencia de la libertad del individuo, siendo entonces que este cambio de concepciones y de formas de entender el derecho constitucional marcaron un antes y un después para todo el sistema del DP.

### ***El surgimiento del Estado Social de Derecho***

La adopción del modelo de Estado liberal fue un hecho común en la mayoría de naciones del mundo, como fue el caso de Alemania a través de la constitución de Weimar, la cual se mostró inane ante la implantación del régimen nazi.

Dentro de los elementos que caracterizan el andamiaje nazi, el más sorprendente es el jurídico (Zaffaroni, 2017), en razón a que se planteó todo un sistema organizado y lógico que permitiera la elaboración y ejecución de políticas racistas en su orden legal, posibilitando la creación de campos de concentración y la restricción arbitraria de derechos para quienes no eran considerados parte de la raza aria.

Dentro de las creaciones académicas se resaltan las propuestas de la escuela de Kiel, la cual creía que cada sistema político debía estar compaginado a un ordenamiento penal que le diera desarrollo (Ambos, 2020), por lo que una Alemania nazi, necesitaba un derecho penal nazi, siendo este un derecho autoritario, caracterizado por el racismo y la represión, generando regresión en los avances dados en la ilustración para limitar el ejercicio del poder punitivo.

Desatada la segunda guerra mundial, muchos judíos se vieron obligados a huir de Alemania, Polonia y Ucrania, entre ellos uno llamado Raphael Lemkin, quien llevaba consigo, rumbo a Estados Unidos, un sin número de decretos y normas proferidos por los dirigentes nazis que demostraban la intención alemana de acabar sistemáticamente con un grupo étnico (Sans, 2021). Esa misma persona, Lemkin, fue el ideólogo del delito de genocidio, al ver la masacre judía emprendida por los alemanes. Una vez cae el régimen nazi, y finaliza la guerra, se decide por parte de los aliados, mediante la Carta de Londres, que es necesario establecer un tribunal militar internacional para que juzgue los crímenes cometidos por los dirigentes del nazismo, lo cual efectivamente se llevó a cabo, y pasó a la historia como los juicios de Núremberg.

Los juicios contra los líderes nazis marcaron un antes y un después en el panorama internacional, era la primera vez en la historia que los perdedores de una guerra eran enjuiciados. En el plano del DP estos procesos fueron un reto, se hizo necesario ignorar prerrogativas básicas del Estado liberal como el PL, dado que se les imputaron delitos inexistentes hasta esa época, o la garantía de juez natural, por la creación del tribunal *ad hoc*. La forma en que fundamentaron esto fue con base en la comprensión de moral internacional e *ius cogens*, de tal manera que existen actos que son por su misma esencia tan contrarios a la moral, entendida desde el punto de vista kantiano (Kant, 2017), es decir, que quien los comete, luego no puede alegar su no punición con base en la inexistencia normativa de la conducta (Ambos, 2008).

En 1948, vistos los vejámenes de la guerra, así como las limitaciones propias del Estado liberal, surgió la Declaración Universal de los Derechos Humanos, generando amplios cambios en el derecho constitucional, se comenzó a hablar de la teoría de los



principios y de los DDFF, construyéndose nuevas constituciones con base en estos.

Además, se consideró que uno de los elementos que posibilitó el desfiguramiento de la constitución de Weimar fue la impavidez de la administración de justicia, por lo que se estipuló la necesidad de crear jueces constitucionales que tuvieran la misión de velar por la salvaguarda e integridad de las Cartas Políticas, ahora *ius* fundamentada, y de procurar tutelar los DDFF de los asociados, surgiendo de esta manera el ESD.

### ***A modo de síntesis***

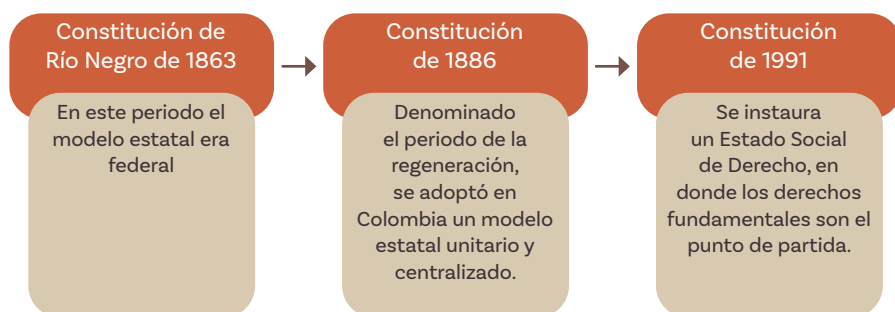
De todo lo visto quedó demostrado la profunda relación Estado-derecho penal, a tal punto que, dependiendo de la variante de modelo estatal, igual variante existirá del DP. Se observó, además, que el constitucionalismo surgido con las constituciones liberales genera un terreno de lo decible por el DP, que caracteriza el ejercicio del *ius puniendi* por énfasis en lo excepcional y el respeto a las libertades. De tal manera que se imposibilita la intromisión gubernamental en aspectos que solo afecten al individuo; aquí, el Estado no es paternalista.

Posteriormente, se vio cómo a partir de la Segunda Guerra Mundial la agenda del DP cambió a clave de los DDHH, generándose límites que le impiden a los Estados desplegar su soberanía mediante ejercicios de autoridad atentatorios de la moral internacional.

## **RELACIÓN CONSTITUCIÓN-DERECHO PENAL EN COLOMBIA**

Como sucedió en diversos países, el ordenamiento jurídico penal colombiano ha venido evolucionado conforme al desarrollo

histórico y constitucional del país, siendo que el mismo puede ser dividido en tres grandes periodos: el tránsito del federalismo al centralismo, el Estado central liberal y por último, la adopción del ESD.



*Ilustración 1. Periodos del Ordenamiento Jurídico Colombiano.*

Fuente: Elaboración propia.

Antes de hacer referencia a cada una de estas etapas, es menester hacer algunas acotaciones: Colombia, desde su nacimiento como Estado, una vez dada la independencia del reino de España, ha vivido en eternos conflictos, los cuales han manchado de sangre de compatriotas las tierras de la nación (Caballero, 2018). Uno de los primeros problemas a los que se vieron sometidos los próceres de la independencia fue el relacionado al modelo estatal que debía seguir el nuevo Gobierno, surgiendo divisiones entre los que abogaban por un sistema centralista —encabezados por Simón Bolívar— y los que planteaban uno federalista —esgrimido principalmente por Francisco de Paula Santander— (Caballero, 2018). En razón de que el naciente Estado de Colombia, antes de cumplir 100 años de independencia, ya había sufrido el paso de 9 constituciones, cada una adoptando modelos distintos. Con posterioridad, el conflicto que había surgido por el modelo de Estado a implementar mutó para ser una guerra bipartidista, la cual marcó toda la historia del siglo XX en el territorio nacional.

Del desarrollo estatal colombiano se tomará como punto de partida la Constitución de Rio Negro de 1863, en donde se adoptó un modelo estatal federalista y por ende una legislación penal enfocada en cada Estado dentro de los Estados Unidos de Colombia, con posterioridad, en 1886 se deroga la constitución nacional, trayendo consigo un nuevo pacto político que se implementó en el periodo denominado como la regeneración, el cual abandonó el antiguo sistema gubernamental adoptando uno centralista y unitario, por lo que, igualmente, se derogan todos los códigos penales existentes y se adopta en 1890 una legislación nacional en ese campo. En este momento histórico las discusiones frente al modelo estatal quedan superadas, siendo remplazadas por conflictos partidistas entre liberales y conservadores (La Rosa & Mejía, 2018).

El periodo de vigencia de la Constitución de 1886 fue el más largo que ha tenido una constitución en Colombia, pero no por ello significa que todo haya funcionado bien. Todo el siglo XX de la historia colombiana se encuentra marcado por las guerras intestinas que azotaban la nación. Nada más comenzar este centenio se presenta la Guerra de los Mil Días (Bushnell, 2018) en donde liberales y conservadores se enfrentan a una guerra sin cuartel; posteriormente, viene la etapa de la hegemonía conservadora que acaba con la masacre de las bananeras (Caballero, 2018), tomando las riendas del poder el Partido Liberal por los próximos años. A mediados de ese siglo, un candidato presidencial del Partido Liberal se destacó como favorito para las próximas elecciones, su nombre era Jorge Eliecer Gaitán, el cual fue abatido en el año de 1948 en la capital del país, fruto de su muerte, y dado el sentimiento de inseguridad y falta de garantías generalizado, se generó un quiebre social, el cual pasó a la historia como “el Bogotazo”, siendo este la puerta de entrada para “La Violencia” en Colombia, periodo en el que se vivió la dictadura de Rojas Pinilla

así como el surgimiento de las primeras guerrillas liberales (Guzmán, Fals & Umaña, 2017).

Dado el panorama bélico extendido a lo largo y ancho del país, los líderes del Partido Liberal y Conservador acordaron repartirse el poder por periodos de 4 años, como forma de parar la violencia. Este pacto dio origen al Frente Nacional, el cual generaba exclusión en la participación de otros actores políticos.

En vista a que tradicionalmente Colombia tiene más territorio que Estado, la creación de grupos guerrilleros no se hicieron esperar, los cuales mutaron de ser guerrillas liberales a guerrillas comunistas. El momento decisivo que marcó el fin del bipartidismo y el comienzo de otra forma de guerra, fue el bombardeo de Marquetalia en 1964, dando con este hecho nacimiento a la guerrilla de las FARC, quienes delimitaron la agenda de los Gobiernos siguientes en su afán de combatirla (Orozco, 1992).

En los años 80 del siglo XX, toman protagonismo dos actores nuevos, los narcotraficantes y los paramilitares, que contribuyen con el derramamiento de sangre nacional. Se debe decir, además, que el papel del Estado en estos periodos tampoco fue principalmente el más pacifista. La historia ha mostrado cómo los distintos Gobiernos emprendieron acciones clandestinas atentatorias contra la integridad y vida de los ciudadanos, muestra de ello es la policía conservadora o el F2 de la Policía Nacional, quienes se dedicaban a la desaparición forzada (Orozco, 1992). En este mismo sentido, se resalta la implementación del estatuto de seguridad, el cual le daba competencia a los tribunales militares para juzgar civiles. Se debe resaltar, que en una labor valiente por parte de la judicatura, dicha norma fue declarada contraria a la Constitución Nacional de la época, mediante la sentencia de la Sala Plena de la Honorable CSJ el 26 de septiembre de 1985, en

el proceso 1325 con ponencia de los magistrados Gaona Cruz y Reyes Echandía, los cuales meses después perdieron la vida en la toma, por parte del M-19, y retoma, por parte del ejército nacional del Palacio de Justicia, aun cuando el presidente de la Corporación había solicitado un cese inmediato al fuego (Vásquez, 1986).

Todo este periodo se caracterizó por un fuerte presidencialismo (Guzmán, Fals & Umaña, 2017), lo cual se evidenciaba con la declaratoria constante de estados de sitio, los cuales le daban facultades excepcionales de legislador al jefe de Gobierno. En lo que se refiere a la judicatura, lo cierto es que su función generalmente era inane, dado que se encontraban totalmente atados al tenor de la ley como en el Estado liberal, y el juez constitucional solo fungía como legislador negativo.

El cúmulo de estos cismas, así como los estallidos sociales, generaron el escenario idóneo para un cambio constitucional, en donde las bases mismas del Estado serían removidas y remplazadas en clave a DDFF y a los estándares internacionales en tanto a garantías del individuo (Febres, 2021). Así, se llamó a una Asamblea Nacional Constituyente, la cual concluyó su trabajo en 1991 con la expedición de una nueva Constitución Nacional, la cual adoptaba el espíritu del ESD, en donde el individuo es reconocido como ser dotado de dignidad y por tal se limitaba la actividad gubernamental; se eliminó el estado de sitio y se fortaleció la actividad jurisdiccional por medio de la creación de la jurisdicción constitucional, encabezada por la nueva CCC, teniendo como función la salvaguarda de la Constitución y la protección de los DDFF de los ciudadanos.

Entre los efectos más notorios de este cambio constitucional, se resalta la nueva técnica legislativa en la redacción de los Códigos Penales, dado que, si se comparan los textos de 1889, 1936 y

1980, fuera de su parte dogmática, presentan características similares, en tanto a que no establecen normas de refuerzo constitucional y comienzan por los delitos contra el Estado; mientras que en la Ley 599 del 2000 se hace un refuerzo normativo desde las normas rectoras a los nuevos valores de la CPC, diciendo desde su primer artículo que todo el Código se basará en la dignidad humana y reafirmando en el artículo segundo, que refiere que todas las normas nacionales o internacionales que traten sobre DDHH hacen parte integral del estatuto punitivo. Además, desde el punto de vista simbólico, se hace un cambio en el orden de los delitos, siendo que esta nueva legislación empieza por los delitos contra la vida, evidenciando la reformulación de las prioridades gubernamentales.

En los títulos siguientes veremos cómo desde la judicatura se ha terminado de constitucionalizar el DP en Colombia.

## **CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL A PARTIR DE LA CPC DE 1991**

### ***El papel del juez constitucional en la creación de políticas públicas (y política criminal)***

La teoría de la doble dimensión de los DDHH —posteriormente reconocidos DDFF en la medida de su positivización en las constituciones de los Estados— predica que dichas prerrogativas tienen una fuerte “estructura dual” (Tole Martínez, 2006), lo cual hace surgir no solo un deber negativo a partir de su consagración normativa que obliga a los individuos y especialmente a las instituciones estatales a no transgredir esos derechos —fase de abstención— sino que, a su vez, crea un deber positivo de actuar en pro de su garantía y protección, quiere decir, que tienen un elemento prestacional y por ende, se ha de procurar su goce

efectivo tanto por la administración, como por el poder legislativo y judicial —fase de acción—.

Si bien es cierto que en Colombia inicialmente se entendía por la CCC que los únicos derechos con contenido prestacional eran los derechos de tercera generación —económicos, sociales y culturales—, dicha postura fue evolucionando a una según la cual todos los derechos constitucionales, independientemente de su clasificación, abarcan cierto contenido prestacional que obliga al aparato institucional a propiciar las condiciones necesarias para que los asociados, sin discriminación alguna, puedan ejercer plenamente sus derechos (CCC, sentencia C-115, 2017). Luego, en caso de presentarse una vulneración grave y sistemática de DDHH, las ramas del poder público deben actuar en su conjunto para mermar la situación lo antes posible, por ejemplo, bajo la implementación de Po. P. enfocadas en ese sentido. No obstante, en variadas ocasiones la actuación estatal ha sido pasiva, por no decir, permisiva, frente a los hechos transgresores, lo cual conlleva un incumplimiento de las obligaciones internacionales y constitucionales que en materia de DDHH se han adquirido por el Estado, especialmente frente a sectores poblacionales que históricamente han sido discriminados y excluidos (Nash, 2014).

En este contexto, se evidencia lo que doctrinariamente se categoriza como “judicialización de los problemas sociales” (Osuna, 2015), puesto que las acciones constitucionales que procuran el amparo de DDFF, como lo es la acción de tutela, se vuelven un remedio de usanza excesiva para la población de ciudadanos afectada, impactando negativamente en el aparato judicial debido a la sobrecarga laboral y el congestionamiento. En consecuencia, esto obstruye el rápido y efectivo acceso a la justicia dado que se dificulta la resolución de conflictos que de verdad

ameritan la atención de los jueces. Por ende, la CCC se ha visto abocada a remediar el problema a través de sentencias estructurales que ordenan a las entidades responsables la ejecución de medidas a corto, mediano o largo plazo, en aras de superar lo que ha denominado como estado de cosas inconstitucional (ECI).

La génesis de las sentencias estructurales de la CCC se encuentra inspirada por la doctrina de los *structural remedies* o *structural injunctions*, la cual hace su aparición en Estados Unidos a mediados del siglo XX y abogaba por que los jueces de las altas cortes intervinieran allí donde se evidenciara una transgresión reiterada de los derechos que, por mandato constitucional, debían ser garantizados a los ciudadanos (Barriga Pérez, 2016). Por este medio, en su momento, el poder judicial estadounidense emitió una serie de decisiones estructurales que tuvieron un gran impacto en la sociedad de dicho país, especialmente para generar cambios radicales en escuelas, prisiones y otras instituciones que estaban a cargo de la administración, además de tomar medidas para verificar que los funcionarios federales siguieran los lineamientos ordenados, generando cierta reticencia, ya que se entendía lo anterior como una extralimitación de funciones en contravía de la separación tripartita del poder público. Empero, muchos de estos mandatos fueron una respuesta necesaria para responder a problemas sociales difíciles, como lo fue particularmente la segregación y las condiciones inhumanas a las que eran sometidos los reclusos en las cárceles (Weaver, 2014).

En lo que respecta a Colombia, como se mencionaba, la CCC, asumiendo un papel mucho más proactivo en la defensa de los derechos constitucionales, incorporó en sus decisiones los *structural remedies*, pero adaptándolo al contexto local. Así pues, se trata de decisiones macro con efectos no solo *inter*



*partes* sino también *inter comunnis* (Osuna, 2015) —pues, aunque se originan del análisis de casos particulares, estos son solo una muestra de un problema social grave y generalizado—, en donde se insta a las autoridades competentes a que desarrollen o ejecuten acciones concretas o Po. P. en procura de solventar la crisis y que se den las condiciones institucionales, materiales y económicas que permitan la garantía de los derechos. Y, en pocas palabras, para que se dé cumplimiento a los parámetros constitucionales relacionados con los deberes positivos del poder público. Posterior a la emisión de la providencia, se inician labores constantes en cabeza de un grupo seleccionado de personas, para verificar que las órdenes dadas efectivamente se estén poniendo en práctica.

Adicionalmente, se desarrolló jurisprudencialmente y de manera paulatina, el concepto del ECI, en observancia al carácter aspiracional de la CPC del 91 (León, 2016), y la máxima del Estado S&DD. Concretamente, en la sentencia T-025 de 2004 se compiló los factores que la Corporación valora a la hora de decretar un ECI, estos son:

- (I) Afectación general y masiva de un grupo significativo de individuos por vulneración de sus derechos constitucionales (véase sentencia SU-559 de 1997).
- (II) Desdibujamiento de la acción de tutela, al tenerla prácticamente como un prerrequisito procesal para la garantía de ciertos derechos, lo cual ciertamente tergiversa el objetivo de la misma y congestiona el aparato judicial (véase sentencia T-068 de 1998).
- (III) Comportamiento omisivo de las autoridades competentes para la garantía de los derechos constitucionales (como se

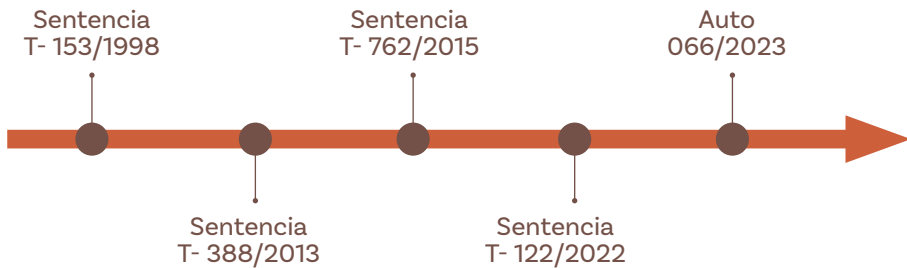
evidencia en la sentencia T-153 de 1998, la cual se procederá a analizar en párrafos siguientes).

- (IV) La no ejecución de medidas por parte de la rama legislativa o ejecutiva necesarias para conjurar un ECI (véase sentencia T-1695 de 2000).
- (V) Existencia de un problema social desfavorable y de alta envergadura debido a que para su solución: (a) se requiere de un actuar coordinado y complejo entre múltiples entidades; y (b) implica la destinación de un presupuesto sustancial para lograr implementar las medidas necesarias (véase sentencia T-068 de 1998 y T-153 de 1998).
- (VI) Adicionalmente, se analiza el escenario hipotético en el cual todas las personas que se ven afectadas por las mismas causas presentan una acción de tutela para el amparo de sus derechos y si esto conllevaría un aumento importante en la problemática de la congestión judicial.

Ahora bien, durante los últimos 25 años, en lo que a política criminal y sistema carcelario y penitenciario se refiere, la CCC ha emitido una serie de pronunciamientos estructurales que revisan las condiciones en las cuales se mantiene a la población reclusa y si el Estado, en este sentido, ha cumplido o no con los estándares que internacional y constitucionalmente se han erigido frente a los condenados y los sindicatos. Estas providencias son de especial interés para el presente escrito porque demuestran cómo el juez constitucional ha adquirido un papel mucho más proactivo en la garantía de los derechos de las personas que son sometidas a una medida de aseguramiento intramural o en su defecto condenadas y que deben ser puestas ante las autoridades competentes para su aprisionamiento, sea este preventivo o no,,

teniéndose en cuenta que, aun bajo estas condiciones, existe un grupo de derechos que en ninguna medida puede ser conculcado a estos individuos. Así pues, se procederá con un bosquejo de los pronunciamientos en cuestión:

### ECI en las cárceles colombianas



#### Ilustración 2

Fuente: Elaboración propia

La primera ocasión en que la Corte declaró un ECI en las penitenciarías y cárceles colombianas, fue en el año 1998 a través de la sentencia T-153, debido a la transgresión reiterada y generalizada de los derechos de este sector poblacional, como lo es el derecho a la vida digna, a no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a la salud, a la integridad personal, a la presunción de inocencia, al trabajo, etc., producto de distintos motivos que pueden concretarse en los siguientes: (I) sobrepoblación o hacinamiento (II) deficiencias en la prestación de servicios públicos y asistenciales a los reclusos (III) grave situación de violencia dentro de los establecimientos (IV) falta de oportunidades laborales, educativas y demás idóneas para una efectiva resocialización de la población condenada. (V) la no separación de los reclusos por su situación jurídica, es decir, mantener a sindicados y condenados en el mismo lugar y sometiéndolos al mismo tratamiento e (VI) infraestructura de los establecimientos carcelarios y pe-

nitenciaris en malas condiciones. La Corporación resaltó cómo la sociedad y las instituciones del Estado habían omitido tomar acciones frente a la crisis carcelaria, a pesar de ser esta una clara violación de los preceptos constitucionales y legales. Tal como se expuso con anterioridad, las sentencias estructurales se caracterizan en parte por que enmarcan problemas de orden público que ameritan, para su solución, la colaboración armónica de múltiples instituciones del Estado. Así, aunque en los casos particulares que se analizaban —Cárcel Modelo de Bogotá y Cárcel Bellavista de Medellín—, los accionados fueron el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y el Ministerio de Justicia, lo cierto es que se requería por parte de la Corte traer al asunto a las distintas ramas del poder público, para poder superar de manera integral el ECI. De esta manera, la CCC, en su momento, puso en conocimiento a la rama ejecutiva y legislativa sobre los hallazgos encontrados para que se tomaran las medidas pertinentes en lo de su competencia. Aunque la idea es una política criminal que desincentive el encarcelamiento, no es posible ignorar la realidad de las cosas, por lo cual se ordenó, entre otros aspectos, la elaboración y ejecución de un plan de construcciones y refacciones para la creación de nuevas cárceles y para el mejoramiento de las existentes, en el sentido de ofrecerles condiciones mínimas de vida digna a los ya reclusos y se ordenó la separación de los sindicados y los condenados, para un tratamiento más benigno de los primeros y la implementación de políticas de resocialización efectivas para los segundos.

Posteriormente, se emitió la sentencia T-388 de 2013, en la cual la CCC, constató que las órdenes impartidas, 15 años atrás, fueron seguidas por las autoridades instadas a hacerlo. Por ende, decidió declarar superado el ECI encontrado en 1998, no en el sentido de indicar que los problemas identificados ya no existían sino en el sentido de que las autoridades en años subsiguientes

ejercieron las acciones necesarias para mermar la crisis de abandono total que se vivía en 1998.

No obstante, a pesar de haberse disminuido el hacinamiento debido a la construcción de más cárceles y mejora de las existentes, lo cierto es que la población carcelaria iba en aumento y los demás problemas identificados en 1998 con relación al derecho a la dignidad humana, a la prohibición de tratos crueles e inhumanos, a la salud, al trabajo, a la educación, etc., seguían siendo parte de la realidad colombiana. En consecuencia, la CCC decide declarar un nuevo ECI, en el que se entiende que la solución al hacinamiento no puede ser únicamente la construcción de un mayor número de centros carcelarios y en el que se entiende que la situación en la que se encuentran las cosas es contraria al orden vigente y al Estado S&DD, lo cual *per se* no implica el excarcelamiento de las personas privadas de la libertad por el hecho de que no se les garanticen las condiciones mínimas de vida digna, pero sí adquieren el derecho de que se tracen y efectúen políticas criminales y penitenciarias *pro libertatis*, y a las cuales las PPL tengan acceso sin ningún tipo de discriminación. Esta sentencia tiene una trascendencia importante porque ordena la aplicación de la regla de “equilibrio decreciente”, la cual se exige en aquellos establecimientos carcelarios y penitenciarios con niveles graves de hacinamiento e indica que solo pueden ingresar un número igual o menor de reclusos al que salió durante la semana inmediatamente anterior. Es decir, no pueden entrar más de los que salen. Solo en el momento en que el establecimiento disminuya el hacinamiento y alcance el nivel poblacional permitido es que se avanza a la regla del “equilibrio”, la cual ya no apunta a que se disminuya el número de reclusos, sino que se adopten los planes y acciones.

Ahora bien, dos años después, en la sentencia T-762 de 2015, la CCC enfocó la mirada en el asunto de la política criminal del Es-

tado, puesto que, en Colombia, se evidenciaba una “tendencia al endurecimiento punitivo” dado que el poder legislativo se habría decantado por aumentar el número de conductas que ameritan reproche penal a partir de la creación de un nuevo catálogo de delitos. Igualmente se había optado por un aumento de las penas mínimas y máximas, dos aspectos que indudablemente impactarían en el acrecentamiento de la población carcelaria, situación que se quiso remediar con la sentencia del 2013. En esta oportunidad la Corporación reitera la importancia que tiene la implementación de una política criminal de carácter preventivo, en donde verdaderamente se mire al DP como la *última ratio*; no obstante, se le reprochó al Estado por el manejo de una política “reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad”. Así pues, itera el ECI por haberse perpetuado la situación de violación sistemática de los DDHH de la población carcelaria y se ordena al CRC para que se atenga a los parámetros básicos constitucionales a la hora de implementar la política criminal con tal de que esta se armonice con las exigencias que en materia de DDHH existen y que son vinculantes para Colombia.

Ya en años recientes, se profirió la sentencia SU-122 de 2022, en la cual se extendió el ECI declarado por la Corte en 2013, para entender que también se persigue garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las personas que son llevadas a los “centros de detención transitoria” como son las unidades de reacción inmediata, las estaciones y subestaciones de Policía y las inspecciones. Como las cárceles ya se encuentran con altos niveles de sobrepoblación, hay un grupo significativo de personas que tras ser capturadas, e incluso después de haberseles definido su situación jurídica, por ejemplo, legalizando la aprehensión e imponiéndose una medida de aseguramiento —las cuales a pesar de ser idealmente excepcionales en la práctica judicial se han vuelto la regla general—, aun así permanecen en estos centros de detención “transitoria” en los

cuales se constató una vulneración de DDFF, tal como se había evidenciado por la Corte en el estudio del sistema penitenciario y carcelario del país. Esto quiere decir que se mantienen a los reclusos en condiciones de hacinamiento y que existen deficiencias infraestructurales; que no se garantizan condiciones óptimas de salubridad e higiene, existen altos niveles de violencia y de enfermedades contagiosas, los reclusos tienen mala alimentación, etc. El acrecentamiento en los niveles de ocupación de estos centros transitorios se vio influido por varios motivos, entre los que se mencionó el uso excesivo de las medidas de aseguramiento intramurales. Empero, la CCC también identificó que el remedio estructural implementado a partir de 2013, consistente en la regla de equilibrio decreciente, al limitar el número de ingresos en los centros penitenciarios y carcelarios, ha tenido efectos adversos, por lo siguiente: la población carcelaria ha ido en aumento; como esta crece y a cierto número de individuos no se les permite el ingreso a las cárceles, entonces la consecuencia lógica es que el hacinamiento no se extinga sino que se traslada a otros lugares, como las inspecciones de Policía, por ejemplo. Ergo, el Alto Tribunal, entre otros aspectos, ordenó suspender dicha regla mientras no se solucione el problema de los centros de detención transitoria; se instó tanto a las entidades territoriales como a las nacionales INPEC y USPEC (Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios) a destinar un presupuesto específico para asegurar que los centros transitorios tengan las condiciones mínimas de vida digna en cuanto a salud, alimentación, entre otras; e igualmente se ordenó la ejecución de medidas orientadas a la disminución del hacinamiento en dichos lugares como remitir a las personas que tengan definida su situación jurídica, sea a la cárcel correspondiente o su residencia, según se haya decretado por el Juez competente.

Para los anteriores fallos de la CCC, en junio de 2017, se creó la Sala Especial de Seguimiento al ECI penitenciario y carcelario, y

en Centros de Detención Transitoria, que, como su propio nombre lo dice, realiza un seguimiento del cumplimiento de las ordenes impartidas por la CCC en 2013, 2015 y 2022.

Dicha Sala, en pronunciamiento reciente (Auto 066/2023), encontró que el Gobierno nacional y las demás instituciones obligadas a tomar acciones en pro de superar el ECI, no han demarcado un plan estratégico e integral, con la armonización de las acciones de las autoridades competentes, dirigido a la consecución de tal objetivo, que se traduzca en una política estatal reductora de la violación sistemática de DDHH de la población carcelaria y en detención transitoria. Al respecto, dispuso la Sala que en el siguiente Plan Nacional de Desarrollo y en el Plan Nacional de Inversiones, se cree una ruta de acciones concretas o verdaderas soluciones dirigidas a la superación del ECI.

De lo observado se desprende que la judicatura es un sujeto de participación activa en la construcción de las Po. P. del Estado, a tal punto que, a través de sus decisiones, se identifican con ahínco los factores de un problema grave social de violación sistemática de DDHH y además se presentan soluciones viables y de aplicación en el tiempo (Cruz Rodríguez, 2019). Esto no solo influye positivamente en las actuaciones estatales en la manera que orienta y establece la hoja de ruta necesaria para remediar las problemáticas sociales, sino que además permite que Colombia responda a las obligaciones internacionales en materia de DDHH adquiridas, las cuales han sido ignoradas en variadas y prolongadas oportunidades en la agenda de Po. P.

### ***Función limitadora del juez constitucional en materia de delitos***

Si bien la selección de las conductas que ameritan reproche penal es una facultad que recae en el margen de configuración del



Legislador, lo cierto es que la misma no es de carácter absoluto, pues se encuentra lógicamente limitada por los principios y preceptos de índole superior, los cuales deben ser protegidos por el Alto Tribunal en materia constitucional. Es por eso que, en variadas oportunidades, la CCC ha despenalizado conductas o comportamientos en razón a que su elevación a delito transgrede dichos parámetros, como lo son el de *ultima ratio*, lesividad, proporcionalidad, entre otros.

Así pues, véase en renglones siguientes, cómo a través del tiempo, la CCC ha tomado medidas tales como la despenalización de ciertas conductas, impactando positivamente en la labor de la constitucionalización del DP.

### Despenalización de la eutanasia y de la asistencia médica al suicidio

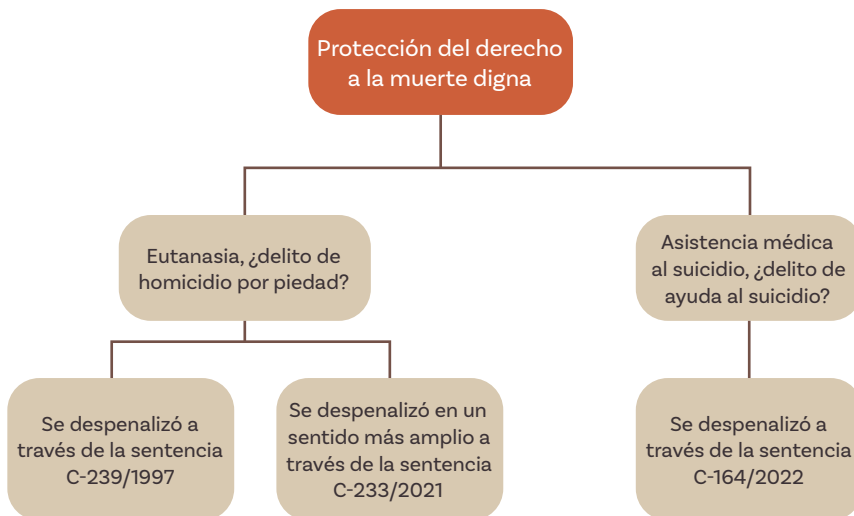


Ilustración 3. Protección del derecho a la muerte digna.

Fuente: Elaboración propia.

El homicidio por piedad es un delito de carácter especial que aparece en el contexto jurídico penal colombiano, a partir de la Ley 95 de 1936 (código penal vigente hasta 1980), consagrándolo en su art. 364 y dándole un tratamiento punitivo mucho más benigno que el dispuesto para los otros tipos de homicidio, al punto de permitirse la aplicación del perdón judicial, un subrogado penal implementado por la *Escuela positivista italiana*, el cual se aplicaba cuando el juez concluía que no existía peligrosidad en el sujeto procesado o que el daño causado no era de mucha significancia (Agudelo, 1994), prescindiéndose así del uso del *ius puniendi* para la aplicación de la sanción. Posteriormente, en el año de 1980 se expidió el Decreto 100, el cual pasaría a ser el nuevo código penal hasta el año 2000, y en donde se mantenía la tipificación del homicidio por piedad, bajo el tenor del art. 326. Aunque en dicho estatuto punitivo, ya no era posible la aplicación del perdón judicial, era indiscutible la benignidad del *quantum* de la pena (6 meses a 3 años), más aún si se analiza a través de un juicio de comparación con el homicidio simple, el cual contemplaba penas de 25 a 40 años.

Es en este contexto normativo surge el punto de inflexión generado por la sentencia C- 239 de 1997, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria, por la cual se marca un antes y un después en la concepción del homicidio por piedad. Recuérdese que la tradición jurídica nacional asemejaba los conceptos de homicidio por piedad y eutanasia, toda vez que dentro del tipo se configuraba esta hipótesis. Ahora bien, a partir de esta sentencia, proferida por la CCC, se generó una notoria diferencia entre estos dos conceptos, determinando a uno como delito de pena benigna, homicidio por piedad, y al otro como derecho fundamental y causal de ausencia de responsabilidad, eutanasia; además, se exhortó al CRC a regular la materia, petición que aún no se ha cumplido. Así, a partir de los argumentos usados por la alta corporación,

se puede denotar la maximización de la dignidad como máxima que rige el vivir de la persona, y la cual en ningún caso puede ser atropellada por criterios fundamentalistas o criterios mesiánicos, toda vez que la vida pierde toda su valía cuando se deja de vivir con dignidad.

En cuanto a la causal de ausencia de antijuridicidad (en la actualidad un sector de la doctrina considera que genera atipicidad, toda vez que encaja en el numeral 2° del art. 32 de CP –Ley 599 de 2000–, norma que consagra el consentimiento del sujeto pasivo como causal de ausencia de responsabilidad), la CCC mencionó como elementos estructuradores: (i) que el sujeto pasivo tenga la capacidad de comprender la situación en que se encuentra; (ii) que exista una manifestación inequívoca y libre por parte del sujeto pasivo, de no seguir viviendo; (iii) el sujeto activo debe ser un médico, ya que es el único profesional que le puede suministrar con suficiencia la información de sus padecimientos al sujeto pasivo; (iv) además el sujeto pasivo debe poseer una enfermedad terminal.

En conclusión, la Corte declaró exequible el art. 326 del CP de 1980, pero despenalizando la conducta de la eutanasia, con los requisitos anteriormente mencionados.

Ahora bien, 24 años después, a través de la sentencia C-233 de 2021, el Alto Tribunal admitió una nueva demanda de inconstitucionalidad frente al delito de homicidio por piedad, debido a que existían nuevos elementos jurídicos que permitían la reevaluación de la norma contentiva del delito, como lo es el “cambio en el contexto normativo” y un avance en materia constitucional, en especial al desarrollo que ha tenido el concepto de morir dignamente.

En esta oportunidad, la norma demandada fue el art. 106 de la Ley 599 de 2000, que guarda una redacción idéntica al anterior código en cuanto a la tipificación del homicidio por piedad, configurándose como única diferencia el *quantum* de la pena a imponer, aumentando su rango y de esta forma, estableciéndola de 16 meses hasta 54 meses.

No obstante, el estudio de inconstitucionalidad se ve enfocado en el requisito que se dispuso en la sentencia C-239 de 1997, a partir del cual se hace necesario que el paciente se encuentre diagnosticado con una enfermedad terminal o con pronóstico de muerte cercana. La CCC consideró que, en efecto, dicho requerimiento conllevaba una vulneración de la vida digna y a la prohibición de tratos crueles e inhumanos, debido a que se negaba la procedencia de la eutanasia como causal excluyente de responsabilidad penal, en aquellos casos donde a pesar del sufrimiento grave e intenso del paciente, no se tuviera un diagnóstico o pronóstico en los términos exigidos, obligando a la persona a soportar fuertes dolencias indefinidamente y reduciendo la vida digna a la mera subsistencia. Luego entonces, la Corte le dio prevalencia a la percepción subjetiva del dolor que tiene cada persona; y como la exigencia de diagnóstico desconocía la dignidad humana, especialmente en el fuero de la autonomía individual, procedió a declarar la exequibilidad del art. 106, manteniendo en general la postura asumida en 1997, es decir, que la eutanasia definitivamente no amerita reproche penal, mientras sea realizada por un médico y el paciente haya dado su consentimiento libre e informado. La variación en la decisión judicial se dio pues, en el sentido de ya no exigir el diagnóstico; en cambio, bastará con que el sujeto pasivo de la medida eutanásica se encuentre padeciendo un intenso sufrimiento mental o físico producto, ya sea de una enfermedad grave e incurable o de una lesión corporal.

Por otro lado, pero en un contexto bastante similar, la CCC analizó la constitucionalidad del inc. 2° del art. 107 del C.P., por medio del cual se tipifica, entre otras conductas, la ayuda o asistencia efectiva al suicidio, cuando la conducta del sujeto activo tiene como móvil “poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable”. Esta norma fue demandada, ya que es de sujeto activo indeterminado y cobija el supuesto de hecho según el cual un médico o médica, con el objetivo de cesar el sufrimiento intenso del paciente, asiste el suicidio de esa persona quien ha sido diagnosticada con una enfermedad grave e incurable. Así pues, el cargo en concreto es que la norma, en ese sentido, vulnera la dignidad humana, en específico, el derecho a tener una muerte digna. Se hace la precisión de que la “asistencia médica al suicidio” (AMS) no es lo mismo que la eutanasia en donde es el personal de salud quien da muerte al paciente, puesto que, en el escenario estudiado, es la misma persona quien se suministra el medicamento causante de la muerte. Al respecto, la Corte arribó a las siguientes conclusiones:

- (I) No se cumple el principio de lesividad, pues, valga la redundancia, no se lesiona ningún bien jurídico tutelado por la ley penal cuando una persona sufre dolores intensos producto de una padecimiento o lesión física grave e incurable, y decide suicidarse con asistencia médica, mientras la voluntad dada por él mismo sea consciente, informada y posterior al diagnóstico.
  
- (II) Tampoco se cumple con el principio de proporcionalidad, puesto que, si el personal médico que aplica una eutanasia no responde penalmente, con mayor razón tampoco debería responder el médico o médica que tan solo presta una asistencia, puesto que en este caso no se tiene el dominio

del hecho y, de hecho, se garantiza en mayor medida la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad.

- (III) Igualmente, se transgrede el principio de solidaridad, pues si bien este no obliga al personal médico a asistir suicidios, sí prohíbe que no se les permita hacerlo en las condiciones dadas, y más cuando dicha prohibición se hace a través del DP.

Por tales motivos, la CCC declaró exequible el art. 107 de la Ley 599 de 2000, pero bajo el entendido de que el supuesto fáctico estudiado no constituye el delito de ayuda al suicidio, pues de así considerarse, se vulneraría la dignidad humana.

### **Despenalización progresiva del aborto**

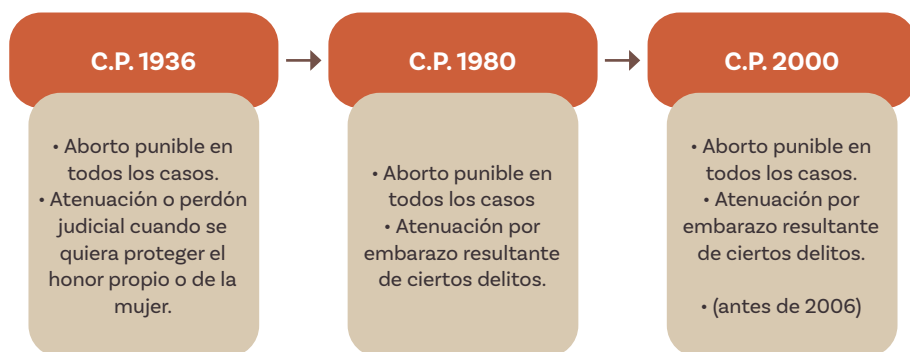
En un escenario diferente —pero en ejercicio de estas facultades de limitar la potestad configurativa del Legislador cuando esta transgrede flagrantemente la CPC—, la Corte se ha pronunciado sobre la exequibilidad de las disposiciones penales que se refieren al aborto. Ciertamente, este es un asunto bastante complejo porque representa un conflicto de intereses o derechos constitucionales, que plantea la dificultad de ponderar la cuestión de cuál prevalece y cuál no, siempre y cuando no se desconozca por completo o se anule aquel al que no se le dé tal prevalencia.

En cuanto a la situación concreta del aborto, debe resaltarse que en Colombia, con el C.P. de 1936 (arts. 386-389), se tenía por delito a cualquier situación en que se realizara esta práctica e incluso se disponía de una sanción adicional de suspensión del ejercicio de la profesión si quien ejecutaba el procedimiento era un personal de la salud. La única posibilidad según la cual se podría pensar en una rebaja de la pena o algún tratamiento puniti-

vo más benigno, era en aquellos casos en donde el objetivo de perpetrar el aborto hubiere sido “salvar el honor, propio o el de la madre, la mujer descendiente, hija adoptiva o hermana”, es decir, para mantener la imagen “casta o digna” de la mujer, circunstancia de atenuación punitiva que en vez de reconocer el valor y la autonomía individual de la mujer, lo que hacía era verla como un objeto valioso para intercambio, en la medida en que conservara su honra (Molina Betancur y Roldán Gutiérrez, 2006). Hay que tener en cuenta que este código nació bajo la influencia de la Constitución de 1886, que vivificaba un claro interrelacionamiento Iglesia-Estado, imponiéndose el catolicismo o la moral cristiana como estándar de valores de la nación colombiana (Olano García, 2019). En dicho contexto, se le da tal importancia a la vida del nasciturus que incluso se elimina el aborto terapéutico —cuando se hace para salvaguardar la vida de la mujer gestante— como causal de eximición de la pena que existía en el código penal de 1890 (Pérez Boada, 2020).

Posteriormente, en el código penal de 1980, se mantiene la vigencia del aborto como delito, pero instituyéndose como única atenuante punitiva, el que se haya realizado la práctica abortiva con relación a embarazos producto de acceso carnal violento, abusivo o de una inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer. Igualmente se mantienen penas más graves para quien practica el aborto si lo hace sin la anuencia de la mujer; no obstante, el legislador de la época extiende ese tratamiento punitivo más grave a aquellos casos en que sí medie un “consentimiento”, pero la fémina gestante fuere menor de 14 años, tomándose como referencia un factor objetivo, la edad, para invalidar la voluntad de la mujer, y entonces considerar dicha situación como un aborto sin consentimiento.

Con el código penal vigente, Ley 599 de 2000, originalmente se había planteado la penalización del aborto en todos los casos (art. 122), conservándose la atenuante punitiva en aquellos donde el *nasciturus* fuera producto de “acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas” (art. 124). Asimismo, se conservaron las penas más graves cuando el aborto no es consentido o cuando es consentido, pero la fémina gestante es menor de 14 años (art. 123).



*Ilustración 4.* El delito de aborto en los códigos penales de Colombia  
Fuente: Elaboración propia.

Es en este contexto normativo en que la CCC estudió la constitucionalidad del delito frente al nuevo sistema orientado y edificado por la CPC de 1991, ejercicio que realizó en variadas ocasiones a través de diversas providencias, siendo las más trascendentales las sentencias C-133 de 1994, C-355 de 2006 y la sentencia C-055 de 2022, providencias que, en aras de la protección y preeminencia de los mandatos superiores, se pronunciaron sobre la exequibilidad de las normas penales en cuestión de la siguiente manera:



### ¿Es constitucional la tipificación del aborto en todos los casos?

Sí, dado que se protege desde su concepción la vida del *nasciturus* la cual no está sometida a la libre decisión de la mujer gestante.

●  
Sentencia  
C-133/1994

●  
Sentencia  
C-355/2006

●  
Sentencia  
C-055/2022

No, solo es constitucional cuando haya “probabilidad de vida independiente extrauterina”, es decir, después de la semana 24 de gestación.

#### Ilustración 5.

Fuente: Elaboración propia

La anterior ilustración muestra cómo la CCC, a pesar de haber tenido un cambio radical en la manera en que entiende el delito de aborto, cuáles derechos constitucionales deben preponderar y en qué medida lo cierto es que el cambio “se ha logrado incrementalmente mediante sucesivas reorientaciones de la línea” (López Medina, 2006, p. 142).

Inicialmente, en 1994, aunque la Corte analizó en dicha oportunidad el art. 343 del C.P. de 1980, lo cierto es que este fue calcado por la Ley 599 de 2000, por ende, se piensa que la postura asumida por el Tribunal en ese momento es importante para entender la variación en las consideraciones jurisprudenciales. Pues bien, en sentencia C-133 de 1994, se declaró la exequibilidad de la norma contentiva del delito de aborto porque, en su momento, se dijo que la vida del *nasciturus* cobraba relevancia y protección constitucional desde el momento justo de su concepción, dado que, aun no siendo persona —debido a que no se ha separado de la madre— era deber del Estado velar por su “supervivencia y desarrollo” (art. 4° del Decreto 2732 de 1989). Se mencionó igual-

mente que esto no vulneraba el derecho a elegir el número de hijos, porque tal prerrogativa solo se extendía hasta el momento inmediatamente anterior al de la concepción y se reanudaba después del nacimiento. La Corte no descartó que pudieran existir conflictos entre los DDFF de la mujer gestante y los del no nacido, pero consideró que solventarlos era deber del Legislador; por lo tanto, se declara exequible sin ningún tipo de condicionante, el artículo anteriormente referenciado.

Posteriormente, ya en vigencia el C.P. del 2000, la Corte estudia una demanda de inconstitucionalidad dirigida a los artículos 122, 123 y 124 del estatuto punitivo (sentencia C-355/2006), arribándose a las siguientes conclusiones: (I) Como regla general, tipificar el aborto no es *per se* inexecutable, dado que está dentro del margen de la facultad configurativa del Legislador y además tiene un fundamento jurídico constitucional como es la protección a la vida del ser en proceso de gestación; pero, se precisa que se pueden tomar otras medidas menos agresivas, de índole asistencial y prestacional (por ser el DP la *última ratio*), que podrían ser igual de efectivas para la protección del interés constitucional mencionado. (II) la Corte estima que no se puede tomar una decisión que proteja completamente un derecho o principio, pero desconozca en su totalidad el otro en colisión (protección a la vida del *nasciturus* vs. la dignidad humana, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad y la salud de la mujer gestante), en tal caso, debe hacerse un ejercicio de ponderación que permita llegar a un punto medio en pro de la salvaguarda de ambos intereses. (III) Aunque la penalización del aborto no sea abiertamente inconstitucional, sí lo es su aplicación para todos los casos, sin hacerse algún tipo de distinción ya que se incumplen obligaciones estatales de igual envergadura que se encuentran instituidas no solo en la constitución sino igualmente en tratados internacionales, referidas a los derechos de la mujer embarazada, los cuales son anulados por completo degradándola

a ser un “mero receptáculo de la vida en gestación” y, dándole, en consecuencia, total preeminencia al otro interés en conflicto. (IV) Subsiguientemente, se decidió declarar exequible el art. 122 pero de manera condicionada, entendiendo que quedan despenalizadas, de manera independiente —y por motivos de desproporcionalidad— las siguientes situaciones:

1. Aborto cuando el embarazo es producto de “acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”. Puesto que, reprochar tal conducta penalmente, significaría transgredir la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante. Se aclaró igualmente, que debe mediar una denuncia debidamente formulada por parte de la víctima del delito. (Esto conllevó a la exclusión del ordenamiento jurídico, del art. 124 que presentaba este escenario no como eximente de responsabilidad penal sino como un mero atenuante).
2. Aborto cuando hay riesgo para la salud física o mental de la mujer gestante, según certificación médica. Lo que se conoce como aborto terapéutico. Entendió la Corte que resulta excesivo demandar el sacrificio de una vida independiente y formada, por la protección de un embrión.
3. Aborto cuando el feto tiene graves malformaciones que han sido debidamente certificadas por el personal médico. Esta situación hace perder el propósito de la protección al *nasciturus*, puesto que no hay probabilidades de que nazca con vida y, por ende, deben prevalecer los derechos de la mujer; y, de hecho, al no despenalizar este supuesto, se vulneraría la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes para con esta última.

Esta sentencia también examinó el art. 123 que castigaba con mayor pena el aborto sobre fémina menor de 14 años al asimilarlo con el aborto no consentido, porque al consentimiento de la mujer en dichas condiciones no se le daba relevancia jurídico penal. (V) La CCC decidió tacharlo de inexecutable porque se vulneraba la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de las mujeres menores de 14 años, además, tampoco resultaba una medida idónea para la protección de las mismas, por ejemplo, en los casos donde la práctica abortiva fuera necesaria para salvaguardar su integridad o vida.

Ahora bien, a pesar de la decisión tomada, este tribunal aludió a que la selección de los derechos que prevalecen y en qué medida lo hacen, no era algo estático en el tiempo, sino que más bien obedece a los cambios sociales y transformaciones en la agenda política, circunstancias a las que el Legislador debe responder activamente.

No obstante, debido a las variaciones en el contexto normativo, social, político y económico en Colombia, y en general, en Latinoamérica, el Tribunal Constitucional se permitió, de manera excepcional, emitir una nueva decisión de fondo a través de la sentencia C-055/2022, por medio de la cual, se elaboró una fórmula que, en palabras de la Corte, ofrece una mejor solución a los derechos, principios y valores en colisión. De manera resumida, se identificó un “punto óptimo” en el periodo de gestación, el cual demarca el momento en donde los derechos del *nasciturus* cobran mayor relevancia, peso o preeminencia, frente a los de la mujer gestante, y viceversa. Ese momento, consideró la Corte, se da a partir de la semana 24 de gestación y es importante porque se entiende que, a partir de allí, el feto es una vida independiente a la de la madre en términos de supervivencia, puesto que ya es posible la vida de este extrauterinamente, lo que justifica que, a partir de ese estadio, y no antes, se protejan con mayor rigor los derechos de ese

ser que está por nacer. En últimas instancias, la CCC decidió: (I) declarar que el art. 122 de la Ley 599 de 2000, sea exequible bajo la condición de despenalizar toda interrupción voluntaria del embarazo (IVE) efectuada antes de la semana 24 de gestación, límite de tiempo que no aplica para los tres supuestos de hecho despenalizados con la sentencia C-355/2006, casos en los cuales la conducta nunca ameritará reproche penal. (II) Instar a las autoridades gubernamentales competentes para que se elabore y ejecute integralmente una política pública que garantice de manera oportuna la IVE, sin ningún tipo de dilaciones injustificadas.

El discurrir anterior nos demuestra cómo de una decisión legislativa, es decir, penalizar el aborto en todos los casos independientemente de las circunstancias específicas, conllevó distintos pronunciamientos de la CCC en relación a la desproporcionalidad o irracionalidad manifiesta de la norma penal, la cual finalmente se entiende como constitucional, pero condicionadamente. Tales condiciones actualmente son:



*Ilustración 6.* Estado actual del aborto en la legislación colombiana (2023)

Fuente: Elaboración propia.

## Despenalización del consumo de estupefacientes

En el año 1986 se expidió la Ley 30 contentiva del Estatuto Nacional de Estupefacientes, por medio de la cual se establecía toda una serie de medidas dirigidas a contrarrestar, desde diferentes aristas, la lucha contra la droga y en general, contra las sustancias estupefacientes, para lo cual el Legislador instituyó programas de rehabilitación, de educación, delitos y contravenciones referidas a estos elementos psicoactivos. En el marco de dicha Ley, algunos de sus artículos fueron demandados por considerarse como inconstitucionales. En ese sentido, se presentará un último caso –para efectos del presente escrito– en el que la CCC funcionó como límite a los poderes del legislador, específicamente en materia de delitos o contravenciones, según sea el caso. Véase:

En la sentencia C-221/1994, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria, se analizó la constitucionalidad de los arts. 2(j), 51 y 87 de la Ley 30 de 1986. Inicialmente, el magistrado ponente se refirió al art. 51, norma que estipulaba una sanción de arresto a las personas que consumieran drogas que generen dependencia, además ordenaba el internamiento en establecimiento psiquiátrico, de cualquier persona que se encontrará en estado de drogadicción, manteniéndola bajo tratamiento casi que indefinidamente “*hasta su recuperación*”.

En esa oportunidad, la CCC evidenció una vulneración al art. 16 superior referido al libre desarrollo de la personalidad, la cual se limita únicamente por los derechos de las otras personas y “el orden jurídico”. Sobre esa última expresión, precisó la Corte que la prerrogativa de los individuos, de actuar con libertad sobre aquellas cosas que solo afectan su órbita personal no podía ser limitada por cualquier capricho del Legislador, *so pena* de extra-

limitarse en asuntos que le están vedados, por ejemplo, cuando sanciona con arresto en internamiento psiquiátrico (aun sin el consentimiento del consumidor), la drogadicción, que hace parte de una órbita sustraída al derecho, más cuando la CPC se encuentra cimentada en la libertad de autodeterminación y la dignidad humana. Ante la discordancia de la contravención que sanciona el consumo de estupefacientes frente a una norma superior, e igualmente en aplicación del principio *pro favor libertatis*, la Corte concluye que con esa disposición normativa se cercena la libertad que tiene toda persona de elegir si quiere o no cuidar su salud y bajo qué condiciones, y lo hace sin ningún fundamento constitucional; más bien, en contravía de la propia axiología de la Carta, por lo cual declara el art. 51 de la Ley en mención, inexecutable, y seguidamente el art. 87 por su conexidad.

Ahora bien, en el art. 2(j) de la misma normatividad en mención, se alude a la dosis mínima, la cual en la misma providencia fue declarada executable, primero, porque ayuda a delimitar cuándo una conducta puede calificar como consumo, o, en su defecto, como tráfico de sustancias prohibidas para los efectos punitivos que aquello implica, señalando que en la primera las sustancias estupefacientes son de uso personal afectando solo la esfera íntima del consumidor, pero la segunda conducta, se realiza con ánimo de lucro, y esta sí es ilícita porque estimula conductas socialmente indeseables. Segundo, la consagración de la dosis mínima se encuentra acompañada con los estándares internacionales que sobre la materia existen (en específico, Convención de Viena de 1988).

No obstante, tal disposición normativa referida a la dosis mínima ha sido estudiada minuciosamente por la CSJ, Sala Penal, en varias oportunidades, la cual le ha dado una interpretación que considera acorde a los mandatos constitucionales y a los princi-

pios orientadores del DP. Sobre esto, se trae a colación la sentencia SP497 de 2018, providencia en donde se realizó un análisis del tipo penal dispuesto en el art. 376 de la Ley 599 de 2000 “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”, el cual ha planteado múltiples discusiones por sus verbos alternativos, que muchas veces pueden asociarse con el comportamiento de una persona que meramente consume estupefacientes, pero que no los trafica.

Pues bien, en la sentencia SP497 de 2018, la CSJ reitera la tesis por la cual se reconoce a las personas con problemas de adicción a sustancias estupefacientes como sujetos de protección constitucional reforzada en virtud del art. 49 de la CPC. En consecuencia, merecedores de una discriminación positiva, en donde se desarrollen programas de educación, prevención y rehabilitación (voluntarios, no impositivos), que permitan a estas personas tomar libremente las decisiones que impactarán directamente sobre sus vidas, pero con consciencia de las posibles consecuencias.

Con relación a la dosis personal permitida, legislada a través del art. 2(j) de la Ley 30/1986, se entendía que esta delimitación marcaba tajantemente el comportamiento punible (tráfico) del no punible (consumo). Sin embargo, la CSJ posteriormente aceptó una interpretación un poco más extensiva, entendiendo que las cantidades podrían superar ligeramente y dentro del marco de lo razonable, los topes establecidos (CSJ, rad. 35978, 2011) y aun así considerarse como impune el comportamiento, atendiendo al principio de lesividad que rige al DP, puesto que no se demuestra una afectación al bien jurídico de la seguridad pública (condición que es ineludible para la condena penal, en virtud de lo señalado en el art. 11 del C.P.).



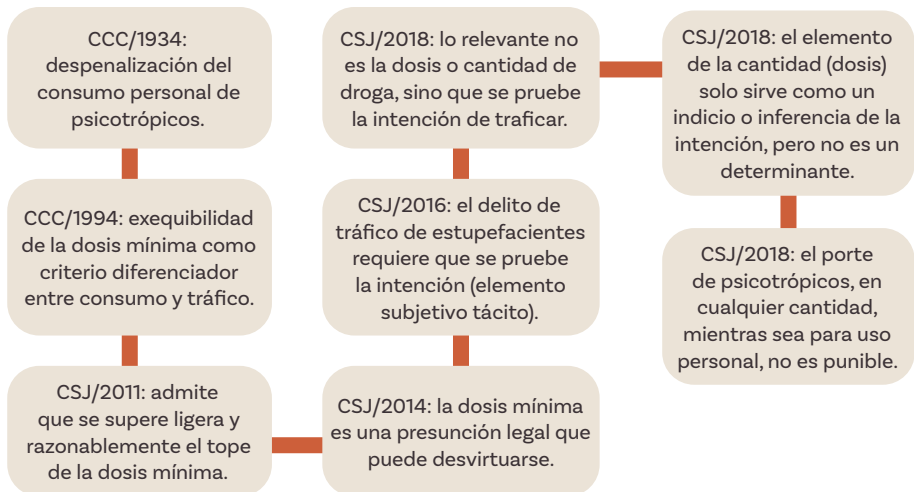
Posteriormente, la misma Corporación en sentencia de 2014 (Rad. 42617), menciona que el art. 376 es un delito de peligro abstracto, que si bien estos tipos penales se encuentran dentro de la órbita de configuración del Legislador, en el sentido de que puede elevar a la categoría de delito conductas que no representan una lesión real y concreta al bien jurídico tutelado, lo cierto es que, en la creación de las mismas no se pueden instituir presunciones de derecho, por ejemplo, cuando se afirma que llevar estupefacientes en una cantidad muy por encima de lo permitido se entienda definitivamente como tráfico de drogas. Lo máximo que puede hacer el Legislador es establecer presunciones legales, que claramente pueden desvirtuarse según lo que se demuestre sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Subsiguientemente, en el año 2016 (Rad. 41760), la CSJ empezó a manejar el tema del ingrediente subjetivo tácito o implícito en la norma de porte de estupefacientes, el cual aunque no esté expresamente en el texto legal, se infiere por haber el Legislador excluido el reproche penal, portar estas sustancias solo para uso personal, siendo entonces que, independientemente de la cantidad de droga que la persona lleve consigo, lo importante será la demostración de la intención (distribución o tráfico), aspecto subjetivo que deberá probar la Fiscalía, en cada proceso, *so pena* de tenerse por no acreditada su teoría del caso.

Finalmente, en la sentencia SP497 de 2018, arriba mencionada, la CSJ reprocha como arbitrario y vago el concepto legal de dosis personal permitida, y lo considera como un criterio insuficiente para poder establecer la relevancia jurídico penal del comportamiento analizado, pues el portar una cantidad muy por encima de los topes legales para fines de abastecimiento o consumo es una decisión que atañe y afecta únicamente a la órbita personal del individuo (como lo tiene decantado la CCC) y por otro lado, no afecta dicho

comportamiento el bien jurídico protegido. *Contrario sensu*, si una persona que porta o lleva consigo estupefacientes, con intenciones de distribuirlo, así sea que tenga a su disposición una cantidad menor a la establecida como dosis mínima, estaría incurriendo en el delito reseñado, dado que se evidencia un peligro para la salud pública que ameritará su respectivo reproche penal. Entonces en conclusión lo relevante es la intención más no la cantidad.

En resumidas cuentas, los pronunciamientos de ambas Corporaciones pueden sintetizarse así:



*Ilustración 7.* Tratamiento jurisprudencial del consumo personal del psicotrópicos.

Fuente: Elaboración propia

### **Constitucionalización del derecho procesal penal: hacia la reconsideración de la víctima como sujeto de derechos**

Dado que la acción penal, tradicionalmente en Colombia, ha estado reservada para el Estado, se solía restar importancia a la participación de la víctima dentro PP, limitando todo su actuar

a la persecución de pretensiones estrictamente económicas, al punto que para poder participar dentro del PP se le exigía la presentación de una demanda con todos los elementos de una acción civil de responsabilidad extracontractual, siendo que corría el riesgo de ser retirado de la actuación si no demostraba la existencia del detrimento patrimonial.

Eran tan ínfimos los derechos de la víctima en el PP, que ni siquiera se les llamaba como tal, en cambio se les conocía como parte civil, que al ser tal no gozaba de la misma capacidad para intervenir dentro de la actuación como los sujetos procesales, siendo que su legitimidad estaba estrictamente condicionada a la búsqueda de pretensiones económicas. Así, por ejemplo, si la víctima deseaba recurrir a casación, tenía que hacerlo conforme a las normas establecidas para los ritos civiles, como si la demanda fuera dirigida hacia la sala de casación penal.

Luego de analizar los últimos 50 años de códigos de procedimiento penal, se ha evidenciado un desarrollo del derecho de las víctimas, el cual puede mostrar un patrón de índole constitucional.



**Ilustración 8.** Derechos de las víctimas en la legislación colombiana.

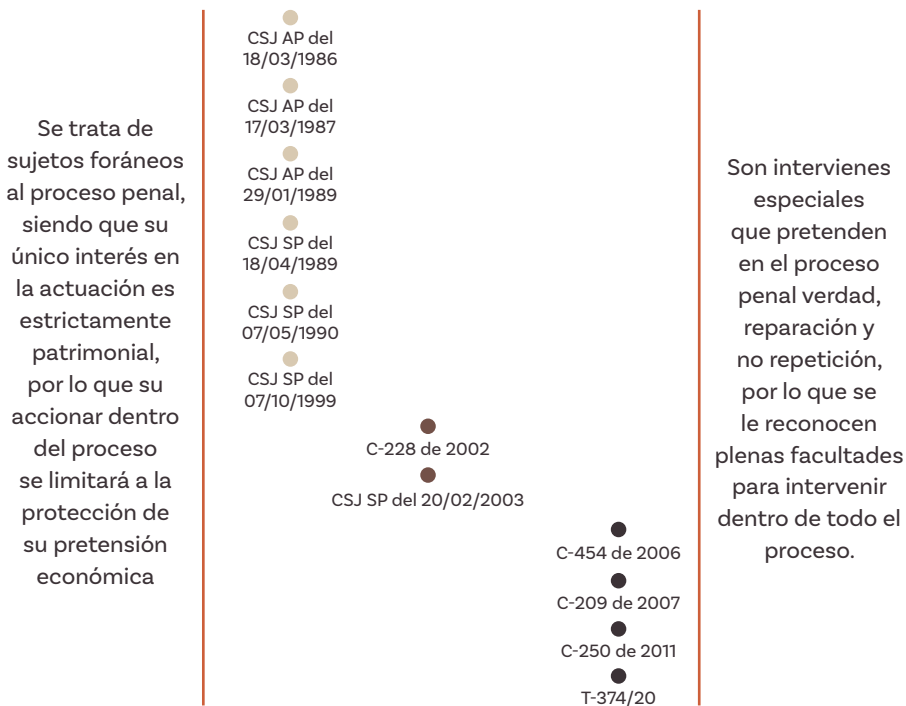
Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, observadas las normatividades, se tiene que no existen demasiados cambios hasta entrados los años 2000, pero lo cierto es que no fue hasta el establecimiento del sistema penal acusatorio que, en 2004, se comenzó a dar más auge a los derechos de quienes se habían visto afectados por la conducta punible; en primer lugar, la Ley 906 emprendió la labor de llamar a las cosas por

su nombre, denominando a esta figura jurídicamente como víctima y entendiéndola como un interviniente especial dentro del PP. A segundo turno, se toma un concepto amplio de tal, estando referido a quienes se vieron afectados directamente por el delito y los indirectamente perjudicados, se les posibilita la facultad de recurrir decisiones, pero, conforme al texto original, se limita su actividad hasta iniciada la etapa de juicio, en donde es reconocida como tal.

Esta evolución de los derechos de la víctima no ha sido ajena a la discusión jurisprudencial, por lo que se tomaron posturas diversas según pasaba el tiempo:

### ¿Cuáles son los tipos de intereses que justifican la participación de la víctima dentro del proceso penal colombiano?



#### Ilustración 9.

Fuente: Elaboración propia, con base en la recopilación realizada por Serpa (2006).

El patrón que surge de la línea jurisprudencial, evidencia una reorientación (López, 2011) en la postura de las altas corporaciones nacionales, la cual se divide en tres momentos, el primero previo a la CPC de 1991, en donde la víctima era vista en la jurisprudencia como un interesado enteramente económico dentro del PP; un segundo momento que se plantea con la adopción de la carta del 91, en donde se crea la CCC, la cual en el 2002 abandona la antigua postura que entendía a la víctima como un sujeto que solo pretendía reparaciones económicas dentro del PP, inscribiéndose en cambio en la tesis de reparación integral, y; como tercer y último momento, una etapa de fortalecimiento de los derechos, en la que progresivamente se fueron dando el reconocimiento de los derechos de las víctimas dentro del PP. Por ejemplo, se les posibilita la actuación en cualquier etapa del proceso, al igual que un reconocimiento provisional dentro de las audiencias preliminares.

Todos estos cambios se posibilitaron en la medida en que se adoptó una nueva CPC en 1991, en donde se constituye un tribunal constitucional garantista, el cual permitió el redireccionamiento del ordenamiento jurídico a través de sus distintas providencias, que buscaban la salvaguarda del texto constitucional y la garantía de los DDFF.

### ***Juez constitucional como excepcionador de la ley***

La TGD enseña que una de las características de las leyes es ser abstractas e impersonales (Monroy, 1990), y que estas al entrar en conflicto con una norma de superior jerarquía, como la Constitución, aquellas cederán dando primacía al texto fundamental. Ahora bien, en principio, para que una norma sea declarada inconstitucional es necesario que esta lo sea desde los abstracto, siendo que entonces una ley no sale del ordenamiento jurí-

dico cuando es contraria al espíritu constitucional en hipótesis concretas, en estos eventos se puede llegar hasta declarar una constitucionalidad condicionada, pero la norma perviviendo en el ordenamiento jurídico.

Siendo esta la teoría, ¿qué sucede en los eventos en que una norma abstractamente sea constitucional, en sentido amplio no contraría preceptos superiores, pero su aplicación a un caso concreto conllevaría la vulneración desproporcionada e injustificada de garantías fundamentales? Para estos sucesos, se comenzó a hablar del principio de supremacía normativa (Artículo 4, CPC), el cual faculta a las autoridades, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, a inobservar reglas que en principio serían predicables para el caso a resolver, siendo que estas normas no salen del ordenamiento jurídico, manteniendo su plena vigencia, pero siendo ineficaces para la situación. Esta potestad se encuentra fundamentada en el control abstracto de constitucionalidad, que permite a cualquier autoridad, ya sea judicial o administrativa, inaplicar las normas cuando no se logren la consecución de garantías fundamentales, sino por el contrario su vulneración.

En la práctica esto se traduce en un mayor grado de operatividad de los funcionarios judiciales, los cuales no están ciegamente guiados por el frío tenor normativo, sino que se encuentran facultados para brindar la solución que mejor se adapte a la promesa constitucional, evitando la afección de DDF.

En materia penal esta herramienta adquiere gran trascendencia, en especial a lo que se refiere a la ejecución de la pena en establecimiento penitenciario. Obsérvese un caso concreto:

En la vereda de Amoladora del Hoyo, unidades de investigación criminal de la policía nacional practicaron una diligencia de allanamiento sobre una finca ubicada en dicho sector, como resultado de la misma se capturó a una persona, mayor de edad, la cual fue encontrada almacenando sustancias psicoactivas en el inmueble.

El sujeto capturado es imputado por el ilícito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. Posteriormente, el proceso celebra un preacuerdo con la fiscalía, en donde se le condenará por el delito imputado, pero calificando su intervención como cómplice, acordando igualmente una pena de 32 meses.

El acuerdo es conocido por el Juez Penal del Circuito Judicial de Salamina, para aprobarlo y proceder a sentencia, la cual se dictó el 19 de mayo de 2020. En lo concerniente a la calificación jurídica y el grado de participación el juzgador no realiza mayor desarrollo, dado que se encuentra restringido a los términos de lo acordado, limitándose a realizar el control de legalidad en tanto a las exigencias de ley y la no vulneración de garantías fundamentales.

Al momento de establecer el lugar en donde se debía ejecutar la pena, el juez no se limitó a realizar un simple y llano análisis legal sobre la procedencia de los subrogados penales, dado que del mismo había concluido que, en virtud del artículo 68A del Código Penal, no era dable conceder ninguno dado el delito imputado, como tampoco era dable la prisión domiciliaría consagrada en el Decreto Ley 547 de 2020, dado que en su artículo 6 se prohibía la concesión para ese tipo de conductas.

El juzgador trascendió los textos legales, armonizando el espíritu constitucional con la realidad social. En primer lugar, habló de la pandemia del covid-19, juntos a sus tragedias en tanto a vidas

humanas; se refirió al hacinamiento carcelario, así como a la vulnerabilidad de la población penitenciaria en Colombia, para finalmente censurar las limitantes dadas al Decreto Ley 547 de 2020, dado que el mismo suponía una forma de proteger la vida de las personas privadas de la libertad, siendo esa su teleología, pero se deformó para ser un ejercicio de política criminal que a final de cuentas contrariaba el texto constitucional, dado que no se garantizaba la dignidad, vida e integridad de las personas, siendo por el contrario atentatorias.

Finalmente, el juez, tomando como base al maestro Eugenio Raul Zaffaroni, refirió que los jueces en su totalidad deben tener como marco la constitución, y por lo tanto él la iba a tener inaplicando las prohibiciones consagradas en la ley por lo que procede a declarar la excepción de inconstitucionalidad, permitiendo la ejecución, provisional, de la pena en su domicilio.

Este caso da muestra del proceso más fuerte de constitucionalización en Colombia, en donde todos los jueces, de todas las latitudes del país, pueden inaplicar una norma por considerarla contraria a la Constitución, posibilitando la salvaguarda de los DDFP en la actividad estatal.

## CONCLUSIONES

De todo lo visto, queda clara la relación existente entre derecho penal-sociedad, de tal forma que al ser la Constitución un contrato social, necesariamente esta demarcará los rangos de acción del DP, así pues, como es lógico, una constitución liberal tendrá un DP liberal, una constitución autoritaria, o un sistema político autoritario, tendrá consecuentemente un DP autoritario.



Colombia, como el resto de los países del mundo no ha sido la excepción de esta realidad, se ha visto que a medida que la sociedad iba evolucionando el DP hacía lo propio, al punto que, una vez promulgada la CPC de 1991, el derecho penal colombiano sufrió grandes cambios en procura de la adaptación.

Dentro de los aspectos más importantes del derecho penal colombiano posconstitución, está el papel que juegan los jueces, dado que pasaron de ser simples títeres de la voluntad del legislador a sujetos activos en la creación y modificación de la política criminal.

Para muestra de un botón, se observaron las sentencias que declaraban el ECI para las PPL, las cuales hoy son fundamento del proyecto de ley de reforma del sistema penal.

De modo similar, las formas de entender los delitos y la dogmática penal mutaron a partir de la teoría de los DDFF, siendo que la actividad legislativa se encentra restringida al respeto de estos.

El juez, pues, es sin duda hoy en día una figura que juega un papel crucial para el entendimiento y desarrollo del derecho penal colombiano, siendo que primero son jueces constitucionales antes que penales, buscando el respeto de los DDFF por encima de su privación o restricción.

Para finalizar, se debe decir que la mejor manera de medir las fortalezas, garantías e ideologías de una constitución es examinando su DP, la rama más peligrosa para las garantías fundamentales y los DDHH.

## REFERENCIAS

- Ambos, K. (2008). *¿Cómo imputar a los superiores de los crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional?: fundamentos y formas*. Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2020). *Derecho Penal Nacional socialista Continuidad y Radicalización*. Tirant lo Blanch.
- Barriga Pérez, M. L. (2016). Sentencias estructurales y protección efectiva de los derechos humanos. En *Anuario de Investigación del CICAJ 2015*, pp. 105-143. Pontificia Universidad Católica del Perú. Departamento Académico de Derecho. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/175396>
- Beccaria, C. (1994). *De los Delitos y de las Penas*. Universidad Externado de Colombia.
- Bergalli, R. (2021). *Crítica a la Criminología*. Editorial Temis S.A.
- Bushnell, D. (2018). *Colombia una Nación a pesar de sí misma: Nuestra historia desde los tiempos precolombinos hasta hoy*. Ariel Historia.
- Bustos, J. (2012). *Control Social y Sistema Penal*. Temis.
- Caballero, A. (2018). *Historia de Colombia y sus Obligaciones*. Critica.
- Cruz Rodríguez, M. (2019). Decisiones estructurales y seguimiento judicial en Colombia (1997-2017). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117, pp. 167-202. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.117.06>

- Ciafardini, M. (2021). *Capitalismo y criminalidad: Una visión criminológica desde el materialismo histórico*. Ediciones Didot.
- Foucault, M. (2018). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Grupo editorial siglo veintiuno.
- Foucault, M. (2016). *La Sociedad Punitiva*. Fondo de Cultura Económica.
- Febres, J. (2021). *El Proceso Constituyente de 1991*. Ibañez.
- Gargarella, R. (2016). *Castigar al Próximo: por una refundación democrática del derecho penal*. Grupo editorial siglo veintiuno.
- Guzmán, G; Fals, O & Umaña, E. (2017). *La Violencia en Colombia*. Taurus.
- Gómez, C. (2012). *Derecho penal en la Edad Media*. Universidad Externado de Colombia.
- Habermas, J. (2021). *Teoría de la acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos*. Cátedra
- Kelsen, H (1982). *Teoría Pura del Derecho*. UNAM
- Kant, I. (2018). *Crítica a la razón práctica*. Fondo de Cultura Económica.
- Lassalle, F. (2018). *¿Qué es una constitución?* Temis.
- León Molina, J. E. (2016). Constitucionalismo Aspiracional Y Paz. Entre la democracia y la opinión. *Soft Power*, 3(1), pp. 209-218. [http://www.softpowerjournal.com/web/wp-content/uploads/2016/09/SPJ05\\_12\\_JorgeELMolina.pdf](http://www.softpowerjournal.com/web/wp-content/uploads/2016/09/SPJ05_12_JorgeELMolina.pdf)

- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Legis.
- López Medina, D. E. (2011). *Interpretación constitucional*. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Lorenzo, P. (1995). Principales teorías del conflicto social. *Norba. Revista de historia* Núm. 15 Pág. 237-253. URL: <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/241031>
- Locke, J. (2010) *Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil*. Tecnos.
- Luhmann, N. (2007). *La Sociedad de la Sociedad*. Herder.
- Múnera, L. (1998). *Rupturas y Continuidades: poder y movimiento popular en Colombia 1968-1988*. Universidad nacional de Colombia.
- Melossi, D. (2018). *Controlar el delito, controlar la sociedad: Teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo XVII al XXI*. Grupo editorial siglo veintiuno.
- Molina Betancur, C. M. & Roldán Gutiérrez, S. (2006). La distancia entre el discurso jurídico y la práctica del aborto en Colombia. *Opinión Jurídica*, 5(10), pp, 15-31. [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-25302006000200001](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302006000200001)
- Monroy, M. (1990). *Introducción al Derecho*. Temis.
- Medellín, C. (2017). *Curso de derecho romano*. Legis.

- Nash, C. (12 de noviembre, 2014). El debate sobre las sentencias estructurales. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/el-debate-sobre-las-sentencias-estructurales>
- Olano García, H.A. (2019). Historia de la regeneración constitucional de 1886. *Revista IUS*, 13(43), pp.161-177. [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472019000100161](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472019000100161)
- Osuna, N. (2015). Las sentencias estructurales tres ejemplos de Colombia. En V. Bazán (ed. Académico), *Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales. No. 5: La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, pp. 91-116. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile & Konrad Adenauer Stiftung
- Orozco. I. (1992). *Combatientes, Rebeldes y Terroristas: guerra y derecho en Colombia*. Temis S.A.
- Pérez Boada, H. F. (2020). Aborto y voluntad: análisis jurisprudencial y legal del procedimiento médico de interrupción del embarazo y su relación con la capacidad volitiva de la mujer gestante. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 40(79), pp, 11-43. <https://doi.org/10.29375/01208578.3862>
- La Rosa, M & Mejía, G. (2018). *Historia Concisa de Colombia*. Debate.
- Serpa Posada, E. (2006). *Banco de Datos Jurídicos: Jurisprudencia penal*. Diciembre. Universidad Externado de Colombia.
- Tole Martínez, J. (2006). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Cuestiones*

*Constitucionales*, 15, pp. 253-316. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2006.15.5777>

Vallejo, I. (2021). *El Infinito en un Junco*. Siruela.

Vázquez, A. (1986). *Betancur y la Crisis Nacional*. Ediciones Aurora.

Weaver, R. L. (2004). The Rise and Decline of Structural Remedies. *San Diego Law Review* (41), pp. 1617-1632. <https://digital.sandiego.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2973&context=sdlr>

Zaffaroni, E. (2015). *La Palabra de los Muertos*. Ibañez.

Zaffaroni, E. (2017), *Doctrina Penal Nazi: La Dogmática Penal Alemana entre 1933 y 1945*. Ediar.

Zaffaroni, E. (2019). *Derecho Penal Humano y Poder en el Siglo XXI*. Ibañez.

Zaffaroni, E. & Días, Í. (2019). *La Nueva Crítica Criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Ibañez.

Zaffaroni, E. (2018). *La Cuestión Criminal*. Grupo editorial Ibañez.

Zysman, D. (2013). *Sociología del Castigo: Genealogía de la determinación de la pena*. Ediciones Didot.

### **Jurisprudencia referenciada**

Corte Constitucional de Colombia. (17 de marzo, 1994). Sentencia C-133. (Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Corte Constitucional de Colombia. (1997). *Sentencia SU-559*.  
(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional de Colombia. (20 de mayo, 1997). *Sentencia C-239*. (Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Corte Constitucional de Colombia. (5 de marzo, 1998). *Sentencia T-068*. (Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional de Colombia. (1998). *Sentencia T-153*.  
(Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Corte Constitucional de Colombia. (7 de diciembre, 2000).  
*Sentencia T-1695*. (Magistrada Ponente: Dra. Martha Victoria SÁCHICA Méndez).

Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia C 228*.  
(Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa & Eduardo Montealegre Lynett).

Corte Constitucional de Colombia. (22 de enero, 2004). *Sentencia T-025*. (Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional de Colombia. (10 de mayo, 2006). *Sentencia C-355*. (Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Araújo Rentería & Dra. Clara Inés Vargas Hernández).

Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia C-454*.  
(Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional de Colombia. (2007). *Sentencia C-209*.  
(Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa).

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C-250*. (Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo).

Corte Constitucional de Colombia. (28 de junio, 2013). *Sentencia T-388*. (Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa).

Corte Constitucional de Colombia. (16 de diciembre, 2015). *Sentencia T-762*. (Magistrada sustanciadora: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Corte Constitucional de Colombia. (22 de febrero, 2017). *Sentencia C-115*. (Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo).

Corte Constitucional de Colombia. (2020). *Sentencia T-374*. (Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Corte Constitucional de Colombia (22 de julio, 2021). *Sentencia C-233*. (Magistrada ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera).

Corte Constitucional de Colombia. (21 de febrero, 2022). *Sentencia C-055*. (Magistrados sustanciadores: Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo & Dr. Alberto Rojas Ríos).

Corte Constitucional de Colombia. (31 de marzo, 2022). *Sentencia SU-122*. (Magistrados ponentes: Dras. Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger & Dr. José Fernando Reyes Cuartas).

Corte Constitucional de Colombia. (11 de mayo, 2022). *Sentencia C-164*. (Magistrado sustanciador: Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo).

Sala Especial de Seguimiento al Estado de Cosas Inconstitucional Penitenciario y Carcelario, y en Centros de Detención



Transitoria. (31 de enero, 2023). *Auto 066*. (Magistrado Ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (1986). *Gaceta Judicial T. CLXXXV Núm. 2424, primer semestre de 1986* Página 62. (Magistrado Ponente: Gustavo Gómez Velásquez).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (1987). *Expediente 1270*. (Magistrado Ponente: Guillermo Duque Ruíz).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (1989). *Expediente 3166*. (Magistrado Ponente: Guillermo Duque Ruiz).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (1990). *Expediente 4280*. (Magistrado Ponente: Mario Mantilla Nougés).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (1999). *Expediente 12394*. (Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal (2003). *Expediente 13177*. (Magistrado Ponente: Fernando E. Arboleda Ripoll).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (17 de agosto, 2011). *Casación - rad. 35978*. (Magistrado Ponente: Dr. Fernando Alberto Castro Caballero).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (12 de noviembre, 2014). *Casación - rad. 42617*. (Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Enrique Malo Fernández).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (09 de marzo, 2016). *Casación - rad. 41760*. (Magistrado Ponente: Dr. Eugenio Fernández Carlier).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (28 de febrero, 2018). *Casación - rad. 50512*. (Magistrado Ponente: Dra. Patricia Salazar Cuellar).

Juzgado Penal del Circuito de Salamina. (2020, 19 de mayo). *Sentencia. Rad. 17-653-60-00-074*. (Juez: Daniel Ortega Jiménez, Juez).

**CAPÍTULO VI**  
**EL CONTROL DE**  
**CONSTITUCIONALIDAD EN LA**  
**HISTORIA CONSTITUCIONAL**  
**DE COLOMBIA\***

*Joe Caballero Hernández*  
*Yezid Carrillo De La Rosa*  
*Daniel Flórez Muñoz*

\*Este artículo es producto de una investigación realizada como docente de la cátedra *Derecho Constitucional* en la Universidad de Cartagena, efectuada en un lapso de tres meses con recursos propios.



## INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad es una transformación funcional del papel judicial en los Estados de derecho. Acordémonos de que la labor de los jueces desde finales del siglo XVIII era netamente técnica, les correspondía únicamente la aplicación del derecho dictado por el órgano legislativo. Sin embargo, en el derecho occidental se empezó a desarrollar esta nueva funcionalidad como mecanismo jurídico-político de control sobre las leyes del Estado.

En el *Common Law* norteamericano, por ejemplo, se desarrolló la figura de la *Judicial Review* a principios de siglo XIX con la famosa sentencia *Marbury vs. Madison*, la cual consta como el primer antecedente de CC que pretende un control, como mecanismo de freno y contrapeso, al poder del legislador. Este mecanismo se creó para solucionar un problema político entre los partidos políticos de la época (federalistas y republicanos) por controlar las ramas del poder (Gargarella, 2012).

Por otra parte, en la costumbre jurídica del *Civil Law* o derecho continental, de tradición francesa, el cual tuvo mayor influencia occidental y se expandió por toda Europa y Latinoamérica, nunca se ejerció este tipo de control hacia el legislador. Por el contrario, existió el mecanismo de *référé legislativo*<sup>1</sup>, o fórmula de reenvío legislativo, en el cual el legislador controlaba la interpretación de los jueces en casos complejos que se le presentaran. Solo hasta mitad del siglo XX surgió la idea de aplicar el mecanismo de CC con el famoso debate académico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, como una forma de solucionar la crisis

1 Este mecanismo fue desarrollado en Francia, por el órgano legislativo, para ejercer el control sobre las interpretaciones jurídicas de los jueces, y fue un referente para todos los países con tendencia cultural al positivismo jurídico, tal como en Francia.

política institucional que agitaba Alemania bajo la constitución de Weimar<sup>2</sup> (Gasio, 1995).

Por consiguiente, ya sea apelando a que el tribunal constitucional puede realizar debates jurídico-políticos y conceptuales sobre las controversias constitucionales para resolver las indeterminaciones del derecho (Kelsen, 1995) o considerando que los tribunales son los únicos que deciden cuál es el significado de la constitución porque son los únicos capacitados para ello (Kramer, 2011). Esta legitimidad solo la pueden poseer los jueces del Estado resaltando con esto el principio de supremacía del poder judicial sobre cualquier problema político.

Esta función, específicamente, consiste en ejercer una revisión constitucional de todas las leyes del Estado de derecho: por vía abstracta y concreta, es decir, con leyes que vulneren derechos a la sociedad en general o casos en específico, pero que afecten la vida cotidiana; con efecto *erga omnes e inter partes*, es decir, que la sentencia cobija a toda la sociedad y a las partes involucradas; por legitimación institucional (modelo concentrado) y pública de la acción (modelo difuso), esto es, que está legitimado para ejercer la acción cualquier organismo del Estado y cualquier ciudadano, y, por último, por competencia especializada o general: que la competencia la tienen jueces especializados o la pueden tener todos los jueces del Estado (Barrios, 2017).

En el caso colombiano, específicamente, ha sido compleja la existencia de este mecanismo en su historia constitucional debido a que, a pesar de que ha existido de forma temporal, siempre se le ha dado censura y secuencialmente se ha suprimido por cuestiones meramente que revisaremos en esta investigación. Esto lo haremos, mediante una metodología descriptiva, analí-

2 Constitución que nace en Alemania después de acabar la primera guerra mundial.

tica e histórica. Desarrollando un análisis de los elementos fácticos de la historia constitucional colombiana y las consecuencias que conllevaron la censura del mecanismo jurídico.

## **ETAPA DE INEXISTENCIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

En primera medida, es importante aclarar que en la primera etapa de la República de Colombia no se concibió la existencia de un mecanismo de control de las leyes por parte del órgano judicial. Como lo mencionamos en la introducción, Colombia, al igual que Latinoamérica, seguía la tradición jurídica del *Civil Law*, de origen francés, en la cual se resaltaba el papel legislador. Por lo tanto, las constituciones que nacieron desde 1821 hasta 1843 establecerán un control meramente político de las leyes por parte del mismo CRC (art. 189 de la Constitución de 1821), y esto solo era para realizar aclaraciones o especificar la interpretación de las normas expedidas por el legislador (Quinche, 2014).

### ***Etapa de creación del mecanismo de Control de Constitucionalidad***

Antes del nacimiento del mecanismo judicial en Colombia como forma de CC, existieron algunos antecedentes constitucionales para reformar la Constitución, por ejemplo, en el artículo 170 de la constitución neogranadina de 1843 se creó la figura del acto legislativo para reformar la constitución. También, para ejercer controles en las normativas desarrolladas mediante la creación de algunas leyes de la república, por iniciativa del Partido Liberal (uno de los partidos tradicionales en Colombia), se empezaron a ejercer controles sobre los actos administrativos de carácter general. Por ejemplo, en la ley del 22 de junio de 1848, en su artículo 23, se estipulaba que “las ordenanzas de las cámaras provincia-

les podían ser acusadas ante la CSJ por el respectivo funcionario público o por un particular” dando esta posibilidad los primeros pasos de control al órgano reglamentario (Malagón, 2012).

De igual forma, la ley del 22 de junio de 1850 amplió el alcance de la acción pública de su predecesora para que se pudiera controlar los actos de los cabildos municipales. La acción la podía ejercer cualquier ciudadano de la república, por razones de ilegalidad o de inconstitucionalidad.

Por último, la ley del 2 de junio de 1851, en su artículo 21, taxativamente declaró que:

*Toda ordenanza, acuerdo o acto de las cámaras de provincia o cabildos parroquiales que sea contrario a la constitución o leyes, es anulable por la Corte Suprema de Justicia o tribunal del distrito, en su caso; siempre que no tenga por objeto el nombramiento o elección de algún funcionario público, de los que corresponde hacer. (Quinche, 2014, p. 84)*

Con estos antecedentes y con la apelación a una revisión constitucional se estaban sentando las bases para la existencia y consolidación de un mecanismo de CC. De hecho, se consolidó el mecanismo en el ámbito constitucional en la constitución de 1853 en su artículo 42, en el mismo, se estableció las competencias de la CSJ que precisaba en su numeral 6:

*Resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales, en cuanto sean contrarias a la constitución y a las leyes de la república. (Quinche, 2014, p. 84)*



La creación de este mecanismo, no con el control que posee en la actualidad sino con un control precario que aplicaba solo a las ordenanzas municipales, 50 años después de *Marbury vs. Madison* y mucho antes de la discusión de Kelsen en Alemania, brindaba un buen panorama republicano para el fortalecimiento del Estado colombiano en materia jurídica-política, pero sobre todo en materia económica. Este mecanismo buscaba consolidar una seguridad jurídica de las políticas de Estado para desarrollar un proyecto económico anticolonial, es decir, la posibilidad de cambiar la idea latifundista de la economía colombiana en algunos territorios, que pretendía mantener la esclavitud y las formas de producción que habían establecido los españoles, por una perspectiva de industrialización del mercado, mucho más amplia y ambiciosa. Precisamente porque la constitución de 1853 era liberal y pretendía organizar la república para convertirla al federalismo.

La idea consistía en establecer controles jurídicos a algunas zonas del país con tendencia latifundistas para que mediante sus asambleas provinciales no crearan normas que no estuvieran acordes con el modelo económico que se quería instaurar en el país, obviamente influenciado por los liberales radicales de la época.

Sin embargo, esta constitución duró muy poco tiempo precisamente fruto de las presiones políticas de los grupos políticos conservadores de la época, que no quisieron evolucionar en su mentalidad agraria, siendo entonces derogada por la constitución de 1858. En esta constitución, que conformó una confederación de Estados, el poder judicial podía suspender los actos de las legislaturas de los Estados por motivos de inconstitucionalidad y pasarlos al senado para su confirmación. Esto se encontraba estipulado en su artículo 50, y la finalidad era controlar las políticas liberales de algunos Estados de la confederación grana-

dina. De hecho, no solo se utilizó el mecanismo de CC, también se fiscalizaban las elecciones de los Estados y se vigilaban las oficinas de hacienda de todos los Estados, mediante la figura de los intendentes nacionales de Hacienda.

Por último, la presión política fue tan radical por ambos bandos que obligó a las clases políticas a instaurar la constitución de 1863, la cual creó a los Estados Unidos de Colombia estableciendo el sistema federal.

No obstante, a pesar de la consolidación de un sistema federal, la Constitución de Rionegro (1863), en su artículo 72, conservó el mecanismo de CC precisándolo de la siguiente manera:

*Corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender, por unanimidad de votos, a pedimento del procurador general o de cualquier ciudadano, la ejecución de los actos legislativos de las asambleas de los Estados, en cuanto sean contrarios a la constitución o a las leyes de la unión, dando, en todo caso, cuenta al senado para que este decida definitivamente sobre la validez o nulidad de dichos actos. (Quinche, 2014, p. 85)*

Desde esta perspectiva, el control jurídico por vía constitucional se mantiene, sin embargo, está supeditado al órgano legislativo, es decir, no es un completo control por parte del órgano judicial. Más bien, se redujo el poder de la Corte Suprema y su finalidad de freno y contrapeso contra el legislador y pasó a ser un órgano consultor antes de la decisión final por parte del Congreso Federal de Colombia. Siendo esto un acto de censura. Este contexto ya nos muestra un camino de delincuencia del mecanismo de control que después terminó siendo suprimido definitivamente por vía constitucional.

## ***Supresión del mecanismo de Control de Constitucionalidad***

En el año de 1886, el conocido presidente cartagenero Rafael Núñez, candidato del Partido Liberal, accede al cargo con el propósito de realizar una integración republicana del Estado colombiano. Dentro de sus primeras actuaciones, que de por sí resultaron muy conservadoras, estuvo la terminación de la vigencia de la constitución de 1863 (federal), y la convocatoria a un colegio constituyente para la creación de la constitución de 1886 con tendencia republicana y conservadora.

Dentro de los parámetros jurídicos para la construcción de la constitución, en ningún momento se pensó en brindarle el control jurídico de las leyes al órgano judicial de forma amplia. Por el contrario, se censuró este tipo de actuación y suprimió mucho de lo construido en las constituciones anteriores. No obstante, se le dio tan solo la competencia para conocer la exequibilidad de los actos legislativos (que para el momento histórico se conocían como los proyectos de ley) siempre y cuando hayan sido objetados por el Gobierno (Quinche, 2014). Es decir, en ese artículo 151 numeral 4 de la constitución del 86 solo se podía evaluar un proyecto de ley si la acción la impulsaba el Gobierno mediante el mecanismo de control sobre el órgano legislativo de la objeción, y además, solo revisaba su constitucionalidad con la motivación o argumentación del Gobierno.

Este tipo de control es completamente limitado y precario para el tipo de control de constitucionalidad que conocemos en la actualidad. En realidad el control de freno o contrapeso que se ejercía hacia el legislador lo realizaba el órgano ejecutivo y el judicial solo revisaba, a modo de espectador, que la motivación estuviera acorde con la constitución.

Además, en ese mismo artículo 151 numeral 5 también tenía conocimiento la CSJ sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales siempre y cuando esta hubiese sido suspendida por el Gobierno, el cual sigue siendo un control muy restrictivo y apegado a la argumentación del gobierno.

Por otra parte, recordemos que tanto el Gobierno nacional como el CRC y los magistrados de la Corte Suprema eran completamente conservadores; porque los siete eran nombrados de forma vitalicia por el presidente de la República (Quinche, 2014). Desde esta perspectiva, pareciera que existía un Estado de derecho, pero en realidad solo de manera formal ya que el presidente era un monarca disfrazado. De hecho, en el artículo transitorio K de la constitución de 1886, se estipula la posibilidad de prevenir y reprimir la prensa que estuviera en contra de la nueva constitución y el nuevo Estado.

Lo anterior, también lo confirma con mayor vehemencia la ley 61 de 1888, denominada *ley de los caballos*, ya que, no conformes con el control del órgano judicial y legislativo, el monarca enmascarado, podía reprimir administrativa y penalmente a cualquier servidor público, ciudadano, militar, agremiación o asociación científica que intentara desarrollar pensamientos o actuaciones revolucionarias, o contrarias al gobierno, teniendo esta ley un carácter y una fuerza supraconstitucional sobre el OJC. Perfilando con esto el carácter represivo del Estado colombiano de la época.

## RESURGIMIENTO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Con la constitución de 1886, la ley represiva de 1888, las distintas reformas constitucionales conservadoras y los frecuentes “estados de sitio”, el balance político dejado por los conservadores fue el siguiente: dos (2) guerras civiles en Colombia, la guerra de 1895

y la guerra de 1899 hasta 1902 conocida como la guerra de los mil días; la pérdida de Panamá en el año de 1903 con apoyo de los Estados Unidos, la pérdida de territorio nacional con Perú y Brasil: el primero debido a la invasión de los traficantes peruanos para la explotación de los árboles de caucho que originó la guerra con Perú de 1923; el segundo, debido a las negociaciones limítrofes por el puesto militar de Tabatinga.

Sin embargo, con la elección del presidente Carlos Restrepo, en el año de 1910, se empiezan a realizar una serie de reformas destinadas a modernizar el Estado colombiano. Entre estas reformas encontramos la tecnificación burocrática, el restablecimiento de garantías democráticas y la atenuación del autoritarismo del órgano ejecutivo; no solo porque le reduce poderes ejecutivos sino porque reduce el periodo presidencial de 6 a 4 años, porque prohíbe la reelección presidencial y porque mediante el acto legislativo 3 de 1910 se crea la acción pública de inconstitucionalidad (Cepeda, 2005).

Esta acción pública de inconstitucionalidad ya es mucho más amplia, con funcionalidad parecida a la que conocemos en la actualidad, es decir, con un control posterior de las leyes expedidas por el legislativo y los actos administrativos expedidos por el ejecutivo. El mecanismo de control es completamente abstracto, esto es, que no está sometido a la argumentación de otra rama del poder. Es también un control concentrado porque solo lo ejerce la CSJ, pero con la mayor garantía democrática, ya que la acción la podía ejercer cualquier ciudadano colombiano (Quinche, 2014).

Además, el artículo 40 del acto legislativo le reservó el principio de supremacía constitucional en el cual “en caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley se aplicarán de preferencias las disposiciones constitucionales” dándole la guarda de esta su-

premacía a la CSJ, confirmando con esto el mecanismo, de freno y contrapeso sobre las otras ramas, de control de constitucionalidad: 107 años después de *Marbury vs. Madison* y 20 años antes de la discusión entre Kelsen y Schmitt.

## DICTADURA: CENSURA DEL PANORAMA POLÍTICO

Sin embargo, el contexto colombiano no era muy alentador. A pesar de las garantías constitucionales siempre existieron pugnas políticas entre el Partido Liberal y el Conservador por alcanzar el poder del Estado. Dentro de los muchos fenómenos que podemos recordar, encontramos la masacre de las bananeras cuyo impulso fue propiciado por una empresa bananera norteamericana radicada en Colombia la *United Fruit Company*. Precisamente por esta posición represiva del Estado, también se acrecentó la tendencia liberal en materia política y surgió el famoso caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán, que después de tener gran popularidad, al defender el caso de las bananeras y generar protestas masivas, tal como la “marcha del silencio” por el asesinato de liberales en todo el país, fue asesinado a las afueras de su oficina en Bogotá.

Con todo este contexto, empezaron a surgir guerrillas de todo tipo de ideologías; al principio eran liberales, después desarrollaron unas tendencias socialistas y comunistas, las cuales, generaron olas de violencia en Colombia. Como consecuencia de esto, empezaron las reformas constitucionales, que, en vez de buscar una deliberación política a nivel nacional, se volvieron muy conservadoras. Tal como la reforma constitucional en el año de 1951 de Laureano Gómez, quien asumió una posición falangista, como la de Franco en España, dándole más poder a la autoridad presidencial, y paralelamente se crearon grupos de contraguerrilla, que se denominaron *Los pájaros*, para atacar a los liberales. No

obstante, no podemos olvidar que muchos presidentes con esta constitución gobernaron en constante “estado de sitio” o “estado de emergencia” (Melo, 2017).

En el año de 1953, acorde con el contexto latinoamericano por influencia gringa (*doctrina Monroe*) y por el contexto de violencia bipartidista, Colombia tuvo su primera experiencia de golpe de Estado. El general Gustavo Rojas Pinilla asumió la dictadura. No obstante, no fue una dictadura tan severa como sucedió en el contexto latinoamericano (Videla en Argentina o Pinochet en Chile), por el contrario, intentó mejorar administrativamente el Estado.

El golpista creó el banco central hipotecario, el Servicio Nacional de Asistencia Social, la Aeronáutica Civil, expidió el Código Laboral, les brindó la posibilidad democrática del voto a las mujeres mediante una reforma constitucional, etc. Aun así, existió una censura y un control de lo político por parte de la dictadura militar, ya que pidió la renuncia de la CSJ y nombró sus propios magistrados, a pesar de que la constitución atribuía esta función al Congreso. Por si fuera poco, clausuró las funciones legislativas del Congreso, que no se volvió a reunir, y se atribuyó a sí mismo esas funciones. Por último, decidió expedir un decreto de injuria y calumnia para el control político de los medios de comunicación

No obstante, después de sus reformas administrativas, el general golpista, por presión política de las elites partidistas, decidió abandonar el país y entregar el poder del gobierno militar hacia los partidos civiles. Sobre todo, los líderes políticos Alberto Lleras (Liberal) y Laureano Gómez (Conservador) lograron consolidar un acuerdo entre conservadores y liberales en el Pacto de Benidorm y el Pacto de Sitges en 1956, en España, que consolidó el llamado “frente nacional”.

Este pacto civil, que fue aceptado mediante un plebiscito en diciembre de 1959 por la población colombiana, permitiría la rotación temporal del poder por parte de estos dos partidos políticos, cada cuatro años. Sin embargo, esto sembró una exclusión de cualquier otra forma de pensamiento y consecuentemente fueron emergiendo las guerrillas izquierdistas radicales, viendo el ejemplo de la revolución cubana que efectuó cambios sociales rápidos en la sociedad. Sin embargo, nunca han podido llegar al poder y, con excepción de las FARC que se desmovilizó, todavía existen algunas de ellas en la actualidad.

Con todo lo anterior, la labor constitucional de la CSJ fue siempre diezmada y débil. Como lo afirma Cepeda:

*La jurisprudencia (...) entre los años 1886 al 1991 fue demasiado deferente frente al poder presidencial, poco sensible al desarrollo de los derechos constitucionales y se quedó rezagada, tanto respecto de la evaluación del derecho constitucional en Occidente durante la segunda posguerra, como ante las expectativas de numerosos grupos sociales que dejaron de ver en la constitución una garantía de que sus peticiones serían escuchadas. (Cepeda, 2005, p. 171)*

Cepeda específicamente se está refiriendo a la evolución del derecho que se dio en el ámbito internacional después de la segunda guerra mundial. Después de los juicios de Auschwitz y Núremberg, el contexto jurídico occidental se enfocó en homogenizar la práctica jurídica para la defensa de los DDHH (Carrillo, 2009). Obviamente tratando de cambiar muchas de las costumbres obsoletas de la cultura del *Civil Law* por la pragmática del *Common Law*.



Occidente entendió que no se podía generar una fiabilidad en las discusiones políticas de los órganos legislativos, debido a que muchas veces su función discursiva o deliberativa, previa a la creación de la ley, tiende a ser motivada por intereses particulares, provenientes de sectores económicos elitistas, y no intereses que le convienen a la mayoría democrática (Habermas, 2005). Por otro lado, si es por parte del órgano ejecutivo los intereses políticos están ligados a orientaciones preferenciales del partido político ganador. Por consiguiente, era necesario crear una cultura de control constitucional sobre todas las leyes del Estado.

### EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DESDE LA CPC DE 1991

Debido a las diferentes tendencias de guerrillas que buscaban el poder por medio de la fuerza y el nacimiento de grupos de poder emergentes debido al narcotráfico, el crecimiento de los grupos armados paramilitares y el fortalecimiento del ejército, con apoyo de los Estados Unidos, para enfrentar a los narcos y guerrilleros, Colombia estuvo a punto de convertirse en un Estado fallido por la cantidad de muertos diarios que se respiraba en el territorio nacional.

Tanto la guerrilla, que había visto un medio de enriquecimiento en la droga como forma para continuar con la lucha, como los grupos emergentes que ejercían el narcotráfico, que habían escalado su poder hasta llegar a instancias políticas, tenían al país en medio del terror y bajo la defensa de un Gobierno que buscaba calmar la oleada de sangre. A tal punto, que mataban hasta a los periodistas que divulgaban las noticias nacionales, tal es el caso de Raúl Echavarría (*Occidente*) y Guillermo Cano (*El Espectador*).

La Corte Suprema sirvió en este contexto para ayudar a los Gobiernos de turno, tal es el caso de 1986 cuando suspendieron el

tratado de extradición de los narcotraficantes por “supuestas” razones formales, debido a que el presidente no firmó el tratado, que en realidad se podían subsanar con la aplicación de un nuevo tratado. La concepción de justicia en este contexto era insipiente. Se persiguieron a los narcos con un tratado de extradición obsoleto y se decretó la guerra total, con lo que el Gobierno generó más violencia.

Con todo lo expuesto, la ciudadanía tomó la iniciativa de convocar a una constituyente en lo que se conoció como la séptima papeleta. Este movimiento de votantes aprovechó las elecciones del periodo de legislatura del 17 de marzo de 1990 para proponer una papeleta paralela y voluntaria a las elecciones con el propósito de reformar la constitución del 86. Efectivamente, el movimiento tuvo acogida y con esa oportunidad se generó un proceso democrático que permitió la consolidación del CC a la altura del contexto global.

Lo primero por resaltar es que la CPC de 1991 plasmó unos principios constitucionales y unos DDFF que podían ser protegidos por la acción de tutela. Este tipo de acción fue un gran triunfo para un país que se encontraba en completo declive en la garantía de derechos. Además de esta acción se estipularon varias acciones constitucionales, mecanismos de participación, organismos de control del Estado y un fortalecimiento del órgano judicial: se crea la CCC, confiándole la supremacía de la CPC (artículo 241). Lo segundo por resaltar es que el CC tenía todas las garantías: la Corte lo ejerce por vía abstracta y concreta, con efecto *erga omnes e inter-partes*, por legitimación de la acción institucional y pública, y por competencia especializada y general.

En el artículo 241 de la CPC, que detallan las competencias de la CCC, están estipuladas varias formas de control de constitucio-

nalidad, las cuales son control sobre los actos reformativos de la constitución, control sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, control sobre las leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional, control sobre los decretos con fuerza de ley, control sobre los decretos legislativos que dicte el Gobierno, control sobre los proyectos de ley, los proyectos de ley estatutaria y los proyectos de actos legislativos, control sobre los tratados público y leyes que los aprueban, control sobre la excepción de inconstitucionalidad y las acciones de tutela. No obstante, debemos aclarar que en Colombia también existe un CC residual sobre los decretos administrativos que se le confió al Consejo de Estado y a los jueces administrativos.

Con respecto al contexto actual colombiano, se sigue manteniendo estos tipos de CC que se encuentran en la CPC, sin embargo, ha habido grandes cambios en materia social y política. La guerrilla de las FARC entró en negociaciones con el Gobierno del expresidente Juan Manuel Santos y ha logrado desmovilizarse con un acuerdo de paz e iniciar un proceso de justicia transicional. Pero pese a esta gran noticia para la sociedad colombiana, el ex presidente Álvaro Uribe Vélez insiste en que el acuerdo de paz es ilegítimo y no considera que se debe efectuar la justicia transicional del acuerdo (Melo, 2017), que fue promulgado como el acto legislativo 1 de 2017.

Con la constante animadversión sobre la paz del partido del expresidente Uribe debido a que ganaron las elecciones del año 2017 con Iván Duque y la constante adversidad sobre los guerrilleros que alcanzaron curules en el CRC, como compromiso político para su desmovilización, se teme que pueda existir una censura de los tipos de CC volviendo a Colombia nuevamente en un Estado represivo, ya que varias veces ha mencionado la posi-

bilidad de eliminar a la CCC y crear un solo cuerpo colegiado de jueces a su imagen y semejanza, en el cual se fusionen la Corte Suprema y la Constitucional.

No se nos olvide que todavía continúan en la lucha armada la guerrilla del ELN, que le sirve al actual gobierno como caballo de batalla para mantener la guerra y ha surgido con gran ataque bélico un grupo paramilitar llamado *autodefensas gaitanistas*, es decir, pareciera que se quisiera repetir el contexto de violencia en Colombia. Esperemos que el ambiente constitucional mantenga el orden y la seguridad jurídica.

## CONCLUSIONES

En la historia de Colombia existieron algunos intentos por crear el control judicial de constitucionalidad, tal como lo hemos analizado en este escrito. Sin embargo, siempre fue un control precario debido a las condiciones políticas de la república colombiana. En la actualidad, el CC ha permitido la materialización de los derechos que aparecen en la CPC debido a que el control judicial tiene mayor preponderancia con respecto al principio de frenos y contrapesos, bajo el amparo de la CPC. Por lo tanto, es preciso mantener su vigencia y defenderlo de cualquier promoción política antijudicial.

## REFERENCIAS

- Barrios, B. (2017). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Carrillo, Y. (2009). *Teorías de la argumentación y del razonamiento jurídico*. Bogotá: Doctrina y ley.

- Cepeda, M. (2005). La defensa judicial de la constitución. *Fortalezas de Colombia*, 145-211.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al Gobierno*. Quito: Pensamiento Jurídico Contemporáneo.
- Gasio, G. (1995). Estudio Preliminar. En H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* (págs. 9-43). Buenos Aires: Tecnos.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos.
- Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo Popular y Control de Constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Malagón, M. (2012). *Los modelos de control administrativo en Colombia (1811-2011)*. Bogotá: Universidad de los andes.
- Melo, J. (2017). *La historia mínima de Colombia*. Madrid: Turner publicaciones.
- Quinche, M. (2014). *El control de constitucionalidad*. Bogotá: Ibañez.



## **CAPÍTULO VII**

# **LAS UNIONES MARITALES DE HECHO EN LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO: Análisis desde la jurisprudencia constitucional**

*Ahneyenzy Carrillo Velásquez  
Yezid Carrillo De La Rosa  
Alfonso Fernando A. Carrillo Velásquez*





## INTRODUCCIÓN

Como se observará a continuación, el desarrollo jurisprudencial de los derechos de las parejas del mismo sexo tiene dos períodos. En estas primeras sentencias, la jurisprudencia constitucional se inclina por la tesis de que el legislador no está obligado a extender estos beneficios a las parejas homosexuales. Usualmente, los argumentos que sustentan esta consideración se apoyan en el principio democrático, esto es, que el legislador representa el sentir de las mayorías, y en el principio de libertad de configuración del legislador respecto del orden jurídico interno, lo cual justificaría, por ejemplo, en relación a la cobertura de la seguridad social excluir a las parejas homosexuales debido a la libertad que tiene el legislador de incluir progresivamente a una serie de grupos que se encuentran fuera del sistema, entre ellos, los homosexuales (SU-623/2001). También sirvió de apoyo a estas primeras decisiones el argumento de que el tipo de familia que define y protege la CPC es el contemplado en su artículo 42, es decir el heterosexual.

Como colofón puede decirse que la jurisprudencia constitucional, en relación a las parejas del mismo sexo, se desarrolló sobre los siguientes presupuestos: a) se proscribiera cualquier forma de discriminación debido a la orientación sexual (Sent. T-097/94, C-481/98 y la T-268/2000); b) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, por tal motivo no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras (C-098/96 y SU-623/2001); c) le corresponde al legislador tomar las medidas necesarias para solventar los déficit de protección de los distintos grupos sociales y, progresivamente, otorgar la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento (C-098/96 y T-349/2006) y, d) el trato diferencial entre personas o grupos es legítimo constitucionalmente si está fundado en el principio de razonabilidad (C-1043/2006).

## PERÍODO LIMITATIVO DE DERECHOS

En el período limitativo de derechos, la jurisprudencia de la CCC protegió el derecho a la orientación sexual o de género de la persona considerada de manera individual. En virtud de ello, se reconoció el derecho a conformar parejas en garantía de su dignidad y autonomía personal, pero de manera diferenciada, pues no se les reconoció otros derechos que, si les atribuía a las parejas heterosexuales. El fundamento normativo invocado para justificar la decisión constitucional era que, si bien se trataba de relaciones humanas legítimas, eran diferentes, pues mientras la heterosexual se hallaba amparada social, cultural y jurídicamente por el concepto de familia, la otra no. Obsérvese a continuación las sentencias más relevantes sobre este asunto.

### ***Sobre el régimen patrimonial***

Una de las primeras sentencias fue la C-098/96 que estudió la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990 (régimen patrimonial entre compañeros permanentes), la cual limitaba dicha protección a las parejas heterosexuales, a pesar de que las parejas del mismo sexo se hallaban en similares circunstancias.

En sus análisis la Corte mantuvo el precedente que garantizaba el derecho a las expresiones de cariño y de afecto entre parejas no heterosexuales, considerando que eran “*expresiones legítimas de la persona humana*” que hacían parte de la dignidad y de la autonomía personal, debido a que “*comprende en su núcleo esencial el proceso de autonomía y decisión sobre la propia sexualidad*” (C-098/96), por eso, insistió en que no pueden las mayorías imponer a las minorías una concepción única de moralidad y virtud. A pesar de lo anterior, la protección brindada fue individual y con relación a la posible discriminación de que pudiera ser objeto

este, pero no con respecto a la situación de las uniones de pareja homosexual.

### ***Compañeros permanentes y derecho a la salud y pensiones***

En el año 2000 la Corte analizó tres casos sobre EPS que negaban el acceso al derecho a la salud a las parejas del mismo sexo de sus afiliados. El primer caso fue el de dos personas del mismo sexo que alegaban haber conformado un hogar desde años atrás, con fundamento en lo cual uno de ellos solicitó a la EPS que afiliara a su compañero permanente, a lo cual se negó en sucesivas ocasiones la entidad que había sido demandada, la cual justificó su actuación en lo estipulado el artículo 34 del Decreto 806 de 1998. Al conocer la Corte del caso, lo desestimó señalando: (i) que la tutela no era el mecanismo idóneo para solicitar la protección del derecho, (ii) la protección constitucional para la familia no incluye a las familias de parejas homosexuales (CCC, 2000).

Posteriormente abordó un caso parecido, reiterando que el artículo 42 superior restringe el concepto de familia a la heterosexual, que el derecho civil circunscribe sus efectos a la unión marital de hecho entre heterosexual, que dicha restricción es legítima conforme a fue encontrada ajustada a la CPC (CCC, 2000). En esa misma sentencia, la Corte señaló que los beneficiarios del sistema de salud eran el compañero o compañera permanente del afiliado según el art. 163 de la L. 100/93. Igualmente, señaló que el artículo 111 del Decreto 1889 de 1994, estableció que la calidad de compañero o compañera permanente la tenía la última persona de sexo distinto al del causante de lo que se infiere que en los términos de la Ley que no incluye a las personas del mismo sexo (Sent. T-1426/2000).

Finalmente, en la sentencia T-618 del año 2000 que trató el mismo asunto con la particularidad de que uno de los compañeros permanentes tenía una enfermedad incurable y había sido desvinculado del sistema de salud. La Corte, garantizó el derecho a la salud, pero no en virtud de que considerara que ellos conformaban una familia, sino con fundamento en el debido proceso y la buena fe, dado que la EPS lo había inscrito previamente como beneficiario y lo desvinculó sin su consentimiento.

La tesis de que las personas que solo pueden ser beneficiarias del afiliado en el régimen contributivo de seguridad social en salud son el cónyuge o compañero o compañera permanente, el cual presupone una relación heterosexual en los términos del artículo 42 superior fue reiterada en lo sucesivo. Cito: *“Como se ve, a partir de la simple lectura del título del artículo –‘cobertura familiar’–, la expresión compañero o compañera permanente presupone una cobertura familiar y por lo tanto una relación heterosexual”* (CCC, 2001).

En el 2004 una pareja igualitaria accionó a la oficina de control de circulación y residencia en San Andrés, debido a que le había sido negada la tarjeta de residencia al compañero permanente. Para resolver el asunto, la Corte reiteró su precedente en el que restringía la protección a la persona individualidad y no a las parejas, sosteniendo que las disposiciones aplicables cobijan a el derecho de residencia las parejas heterosexuales. Cito: *“...de los cónyuges o compañeros permanentes, expresiones que, en nuestro régimen jurídico, no resultan aplicables a las parejas homosexuales. Estas normas tienen sustento en la protección especial de la familia prevista en la Constitución, (...) ...la familia que la Constitución protege es la heterosexual y monogámica”* (CCC, 2004).

En la sentencia T-349 del 2006 analizó el caso de sustitución de la pensión de sobreviviente de su compañero permanente del mismo sexo. La Corte reitera que, si bien las personas no pueden ser discriminadas debido a su orientación sexual, respecto de la seguridad social la noción de “*familia*” no cobija a las personas del mismo sexo. Y advirtió que dicha decisión no afecta el derecho a la igualdad, pues debe tenerse en cuenta que existen diferencias objetivas entre la pareja heterosexual y la pareja homosexual, debido a que como individuos están amparados con los mismos derechos, la “*unión heterosexual tiene un plus en la conformación de la familia como núcleo esencial de la sociedad y objeto de especial protección constitucional*” (CCC, 2006). Las diferencias según la Corte se encuentran en que: (i) la unión de carácter heterosexual conforma familia está regulada por la ley para garantizar su “*protección integral*” y la igualdad de derechos y deberes (C.P., arts. 42 y 43), lo que no ocurre con las parejas homosexuales” como lo señaló la sentencia SU-623/2001; (ii) los hechos y las circunstancias temporales que originaron la pensión de sobrevivientes buscaron brindarle especial protección a la mujer en el marco de la pareja heterosexual. Por el contrario, para la Corte, las parejas homosexuales tienen un contexto diferente en el que “*no aparecen razones objetivas que justifiquen, per se, hacerles extensivo el régimen de especial protección de la familia*” (SU-623/2001).

## PERÍODO EXTENSIVO DE DERECHOS

La etapa extensiva de los derechos de los compañeros permanentes con orientación sexual y de género diverso inició en el 2007, con la sentencia C-075 que analizó la problemática del *régimen patrimonial* en relación a las parejas del mismo sexo. La Corte en esta sentencia reconoce el avance y protección que este tipo de relación ha tenido en el ámbito internacional, no solo

respecto de la legislación (tratados y convenios) sino, también por parte de organismos internacionales, y dictamina que la ley que regula el régimen patrimonial entre compañeros permanentes, al limitarlo a las parejas heterosexuales, conculca DDFF. Cito:

*En el ámbito del problema que ahora debe resolver la Corte, resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico-patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar (C-075/2007).*

Como consecuencia de lo anterior, el Alto Tribunal señala que:

*Las mismas consideraciones que permiten establecer que en relación a la situación patrimonial de las parejas homosexuales existe un déficit de protección a la luz del ordenamiento constitucional, llevan a la conclusión de que el régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a las parejas homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante, las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede*

*advertirse que las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. (CCC, 2007)*

Los avances también se produjeron en el ámbito del derecho a la salud. En la sentencia C-811 del 2007, que conoció de una acción de constitucionalidad en la que se demandó la expresión “familiar”, contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, la Corte resalta que las parejas de homosexuales constituyen opciones legítimas y protegidas y, por consiguiente, sostuvo que el régimen de protección consagrado en el plan obligatorio de salud se debía aplicar también a las parejas del mismo sexo. Dijo la Corte que:

*La negativa de la inclusión de la pareja del mismo sexo en el régimen contributivo implica la negación de la validez de su opción de vida y la sanción por el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana. (CCC, 2007)*

Posteriormente, conoció de un caso de una persona que convivía desde hacía seis años con otra persona del mismo sexo a quien la EPS le negó el beneficio de su compañera cotizante. La Corte hizo un repaso del precedente reiterado en las sentencias T-618 de 2000, T-999 de 2000 y T-1426 de 2000 en las que se les negó el derecho a personas que se hallaban en la misma situación. Postura que prevalecería hasta la sentencia SU-623 de 2001. No obstante, dice la Corte que con la sentencia C-075 de 2007 la jurisprudencia modificó su precedente en relación a los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, por tal motivo la Corte sostuvo que:

*... a partir de la fecha de su adopción las entidades promotoras de salud están obligadas a afiliarse como beneficiarios a los compañeros permanentes de los cotizantes sin importar cuál sea su sexo, y como corolario de lo anterior a prestarles los servicios de seguridad social en salud en los términos establecidos por las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la materia. (CCC, 2007)*

Con respecto a la pensión de sobreviviente, la Corte, al analizar la constitucionalidad de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Corte sostuvo que estos conculcan principios y valores constitucionales dado que restringen en favor de las parejas heterosexuales los beneficios de la pensión de sobrevivientes, considerando, por consiguiente:

*La protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género. (CCC, 2008)*

En la sentencia T-1241 del 2008, la Corte estudió la problemática similar, pero con respecto a un pensionado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, debido a que el Decreto 1211 de 1990 no contempla dentro del orden de beneficiarios al compañero permanente y el artículo 42 de la CPC restringe la definición de fami-



lia como la unión que se efectúa entre un hombre y una mujer. En el análisis del caso, la Corte recuerda que por vía jurisprudencial se han extendido a los compañeros permanentes los derechos (como la pensión de sobrevivientes). Con fundamento en lo anterior, la Corte considera que en este caso la actuación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es contraria a los valores y principios constitucionales. Dijo la Corte en esta ocasión que:

*La Corte, en varias providencias de constitucionalidad ha aclarado que no existen fundamentos jurídicos legítimos a partir de los cuales se pueda sostener que dicha prestación (así como otros beneficios de la seguridad social) está limitada exclusivamente a las uniones heterosexuales sino que, en aplicación directa de la Constitución Política y con el objeto de corregir el déficit y la discriminación de dichos sujetos, la misma debe extenderse en iguales condiciones a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas del mismo sexo. Por tanto, a partir de tales fundamentos, la Sala rechaza tajantemente la interpretación que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares efectuó sobre el orden de beneficiarios para acceder a la prestación, conforme al artículo 185 del Decreto 1211 de 1990, y en su lugar, habrá de prevenirle para que en adelante ajuste todos sus procedimientos internos a los fundamentos jurídicos establecidos en la sentencia C-336 de 2008. (CCC, 2008)*

Este precedente ha sido reiterado en sucesivas sentencias. La T-911 del 2009 en la que se estudió un caso relativo a una pareja del mismo sexo a quien el ISS le había negado la pensión de sobrevivientes, con fundamento en que la condición de pareja no se certificó de la manera adecuada cuando el pensionado vivía

y de la manera en que lo establecía la sentencia C-521 de 2007. En este caso, la Corte reitera su línea jurisprudencial (sentencias C-075 y C-811 de 2007, C-336 y C-798 de 2008 y C-029 de 2009), en el sentido de que a las parejas conformadas por personas del mismo sexo se les deben garantizar los derechos en los mismos términos que a las parejas heterosexuales, lo que no quiere decir que se encuentren en una situación de privilegio y, por ello, quienes se encuentren en tal situación deben acreditar los mismos requisitos que son exigibles frente a la generalidad de las personas. En términos de la Corte:

*... la Sala de Revisión ratifica la necesidad de que para que una persona pueda reclamar, dentro del marco de lo decidido en la sentencia C-336 de 2008, el derecho a la pensión de sobrevivientes frente al fallecimiento de un compañero permanente del mismo sexo, debe existir constancia suficiente, mediante declaración ante notario, de la voluntad que la persona fallecida hubiere tenido de conformar una unión marital de hecho junto con la persona que posteriormente pretende el derecho a la pensión de sobrevivientes. (Sent. T-911/2009)*

En la sentencia T-051 del 2010, la Corte estudia tres casos en los que las entidades demandadas se negaron a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente apoyada en que los accionantes no cumplen con los requisitos que en materia probatoria estableció la sentencia C-336 de 2008 y que la muerte de los causantes ocurrió en fecha anterior a la expedición de dicha sentencia. La Corte advierte que, de lo dispuesto en la sentencia aludida, debe hacerse una interpretación razonable o extensiva, que es más acorde con la Constitución, los convenios internacionales de DDHH y las recomendaciones 112 y 113 que frente a Colombia emitiera el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas

y que daría como resultado que “no exige como condición para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de parejas del mismo sexo la declaración de unión marital de hecho ante notario firmada por el causante y el solicitante” (CCC, 2010). Los argumentos y criterios sostenidos en esta decisión, sentencia T-716 del 2011 y con fundamento en ello la Corte sostuvo que:

*...la Sala advierte que son contrarias a la vigencia de los derechos fundamentales las decisiones de las entidades administradoras de pensiones, que niegan la pensión de sobrevivientes a quien fuera integrante de una pareja del mismo sexo, a partir de requisitos, exigencias o estándares que son previstos por el ordenamiento jurídico y, en especial, que resultarían igualmente predicables de los cónyuges o compañeros permanentes de diferente sexo. (CCC, 2011)*

20. Por último, no puede perderse de vista que la inconstitucionalidad de distinciones como las expuestas, cobra un nuevo sentido a partir de la actual posición jurisprudencial de la Corte, que asimila a las parejas del mismo y de diferente sexo como formas constitutivas de familia. Este reconocimiento involucra, de manera necesaria e ineludible, que ambas modalidades de comunidad de vida permanente y singular reciban idéntico grado e intensidad de protección constitucional, conforme lo ordena el artículo 42 superior. En términos simples, existe un mandato constitucional expreso, en el sentido que las distintas formas constitutivas de familia son acreedoras de la misma protección constitucional. Por ende, la decisión legislativa o administrativa que imponga tratamientos diferenciados entre ellas,

*consistentes en la previsión de requisitos más exigentes a unas modalidades sobre otras, para el acceso a derechos o prerrogativas, viola los derechos constitucionales de la familia. Esta conclusión logra mayor fuerza de convicción cuando el tratamiento diferenciado, como sucede en el asunto objeto de examen, se funda en un criterio sospechoso de discriminación, como es la identidad y orientación sexual (Sent. T-716/2011).*

En la sentencia T-860 del 2011, la Corte analiza un caso similar a los anteriores y sostuvo que:

*La posición según la cual no es posible reconocer la pensión de sobrevivientes al miembro de una pareja homosexual cuyo compañero(a) haya fallecido antes de la notificación de la sentencia C-336 de 2008 confunde los efectos retroactivos y los efectos retrospectivos y, por ello, llega a una conclusión errada respecto de la aplicación de la sentencia de constitucionalidad referida. (CCC, 2011)*

Posteriormente, la Corte analizó un caso en el que se le negó a una persona el derecho a la pensión sustitutiva, con el argumento de que no aportar la sentencia ejecutoriada de declaración de la unión marital de hecho que demuestre la calidad de compañero permanente, desconociendo las declaraciones juramentadas presentadas en la reclamación. La Corte señala que ella acogió una interpretación más garantista con respecto a los DDFF involucrados. De lo anterior la Corte infiere:

*... es razonable exigirles a las parejas del mismo sexo un medio probatorio igual a las parejas heterosexuales, las cuales disponen de cinco alternativas para ello en el*

*caso de la adjudicación de efectos jurídicos en materia de pensiones, valga decir, (i) escritura pública ante notario, (ii) acta de conciliación, (iii) sentencia judicial, (iv) inscripción del causante de su compañero(a) en la respectiva entidad administradora de pensiones y (v) cualquier medio probatorio previsto en la ley. (CCC, 2013).*

En una sentencia del 2014 se estudió el caso de una persona a quien se le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes alegando que no se acreditó la unión marital con el causante, y exigiendo, a pesar de que aportó declaraciones extrajudiciales, fotografías, y otras pruebas para demostrar la relación, que una autoridad judicial declare la existencia de la unión y el derecho que se reclama. Al respecto la Corte sostuvo:

*...es inconstitucional exigirles a las personas que pretenden el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañeros o compañeras permanentes, que demuestren la unión marital de hecho mediante alguna solemnidad, porque el ordenamiento jurídico no impone un medio único y necesario para demostrar dicha relación. En esta materia rige un sistema de libertad probatoria, por lo que la unión debe acreditarse de conformidad con los hechos que la configuran mediante elementos probatorios legales, conducentes y pertinentes, y sería contrario al debido proceso exigir más de lo que dispone el ordenamiento jurídico. (CCC, 2014)*

Igualmente, los avances se produjeron de acuerdo con los derechos alimentarios de las parejas del mismo sexo, al analizar la constitucionalidad del parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 1181 de 2007, que modificó el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), que limita la protección alimentaria a la pareja hetero-

sexual, la Corte reiteró los argumentos expuestos en la Sentencia C-075 de 2007, en el entendido de que el régimen de protección de los derechos patrimoniales de los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho, se aplica no solo a las parejas heterosexuales, sino también a las parejas homosexuales, por lo que señaló que la obligación alimentaria entre compañeros existe si se cumplen las condiciones de que trata la Ley 54 de 1990 (con las modificaciones de la Ley 979 de 2005) con independencia de que se trate de una pareja heterosexual o del mismo sexo. Cito: *“El dato sobre la sexualidad de las personas es completamente irrelevante a la hora de extender la protección patrimonial de los miembros de la pareja y por consiguiente no puede ser utilizado, al menos en principio y salvo alguna poderosa razón, fundada en objetivos constitucionales imperativos, para diferenciarla”* (CCC, 2008).

La sentencia T-252 del 2016 abordó el caso de dos mujeres que impetraron acción de tutela con el propósito de que le sean amparados sus derechos, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, los cuales consideran vulnerados con la aprobación de una cláusula que prohíbe su convivencia como pareja por parte del Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá, la cual fue consignada en el numeral primero de un acuerdo conciliatorio. En el análisis del caso la Corte, a pesar de declarar la carencia actual de objeto por hecho superado, reitera su jurisprudencia sobre libre desarrollo de la personalidad en personas con orientación sexual diversa y con fundamento en los hechos probados concluye que:

*Por lo anterior, en el presente caso, la Sala de Revisión reitera que existió una vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a conformar una familia y a no ser separado*

*de ella, a la dignidad y a la no discriminación por orientación sexual de las señoras CLAUDIA y MARÍA, al aprobar una cláusula que obstaculizaba su convivencia en pareja, pues, desde un enfoque de la prohibición de discriminación, la referida condición carece por completo de fundamento fáctico. (CCC, 2016)*

En esta misma sentencia reconoce que desde hace tiempo debió pronunciarse en un sentido más garantista con relación a las parejas del mismo sexo. Cito:

... En la sentencia C-098 de 1996, la Corte analizó la constitucionalidad de la Ley 54 de 1990, por medio de la cual se consagró el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Pese a que esta ley se ocupó de una materia exclusivamente económica, se limitó a proteger a las uniones heterosexuales, excluyendo así a las parejas homosexuales que pudieron encontrarse en idénticas circunstancias que las heterosexuales —“dos personas; afecto mutuo; sin estar casados o habiéndose separado de bienes hace más de dos años; viven bajo el mismo techo; relación sexual; cuidado mutuo; comunidad de vida permanente y singular”—, no obstante lo cual, a ellas no se les extendieron las disposiciones legales sobre “uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

Por consiguiente, se violó el principio de la igualdad real y efectiva, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad pues si bien se admite que la sexualidad del individuo pueda orientarse hacia personas de su mismo sexo, la ley le niega protección a la comunidad

de vida que en este caso puede formarse y se reduce la opción de convivencia a las personas de distinto sexo y se impide que los miembros de las parejas homosexuales se reconozcan como tales, sin verse obligados a actuar contra su conciencia y forzados a adoptar conductas distintas de las que sienten y viven. (CCC, 2016)

## REFERENCIAS

- Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia T-1426*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia T-618*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). *Sentencia T-999*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). *Sentencia SU-623*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). *Sentencia T-725*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia T-349*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). *Sentencia C-075*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). *Sentencia C-881*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). *Sentencia T-856*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia C-336*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia C-798*.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia T-1241*.



Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia T-051*.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-716*.

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia T-860*.

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia T-357*.

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T-327*.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T-252*.





**CAPÍTULO VIII**  
**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE  
LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA:  
BREVES CONSIDERACIONES**

*Héctor Varela Contreras  
Andrés Antonio Alarcón Lora  
Andrea Carolina Meza Herrera*



## INTRODUCCIÓN

La conciliación como MASC busca la descongestión de la justicia para que, de una manera pacífica, se puedan solucionar los conflictos que se presentan de una manera ágil, cumpliendo con el propósito de una pronta y cumplida administración de justicia. Lo anterior nos lleva a enmarcar esta figura dentro de las formas de solución de controversias en la teoría de la administración de justicia o lo que se denomina tutela judicial efectiva. Así, tratándose de la materia dentro de la solución de controversias que se presentan con la administración pública, esta no es ajena a la teoría del servicio público y su inclusión dentro del contexto del ESD (Franklin García, 2018).

Así las cosas, el servicio público se instituye como criterio orientador del derecho público, convirtiéndose en parte de la definición del mismo derecho administrativo, el cual vio la luz como concepto cuando comenzó a hacer crisis el Estado liberal. Luego entonces, desde su raíz, la teoría del servicio público se utilizaba para definir el régimen jurídico especial en los asuntos administrativos, aplicable a un asunto en específico, lo que determinaba, a la vez, la competencia de su solución en cabeza del juez administrativo.

Ya de inicio se pueden percibir grandes dicotomías en la naturaleza de ambos medios judiciales, por lo que resulta necesario detallar a fondo la esencia misma de la conciliación como MASC y su amplitud en el desarrollo jurídico constitucional en Colombia (Giraldo Angel, 2012).

## EL ANDAMIAJE TEÓRICO DE LA CONCILIACIÓN

Cabe indicar que, la Conciliación puede explicarse según las teorías o escuelas que direccionan actualmente el mundo jurídico.

Dichas teorías han ejercido fuertes tendencias en la construcción histórica de lo que hoy entendemos como conciliación, entre las cuales, con mayor impacto en el OJC, podemos destacar las siguientes:

### ***Teoría trialista de la conciliación***

Esta tesis predica que la conciliación, por su cuenta, está compuesta por elementos sociológicos, normológicos y dikelógicos.

El trialismo jurídico como teoría general de derecho fue desarrollado por el profesor Werner Goldschmidt. Según este teórico, el mundo jurídico se compone de una dimensión social, otra valorativa y una tercera normativa. El estudio del derecho es desordenado, toda vez que existe una interdisciplinariedad entre cada una de las disciplinas que las conforman.

A este respecto, la dimensión normológica es sistematizada por Hans Kelsen en la teoría pura del derecho. En las etapas que se ha desarrollado esta dimensión: casuística, análisis de la norma y la exposición del ordenamiento jurídico. La dimensión social, para Goldschmidt, históricamente no había encontrado una elaboración adecuada, sin perjuicio de las contribuciones de Saint-Simon, Comte Proudhon y Marx con el aporte material mezclado con filosofía política y moral, y Durkheim con aportes sociológicos. La dikelógica (justicia como valor) se encuentra por vez primera en la obra *La república* de Platón. No obstante, la dikelogía quedaba inmersa en la filosofía, en la Edad Media toma un enfoque teológico y los positivistas no la tienen en cuenta. Conforme el planteamiento anterior cualquier fenómeno jurídico puede someterse al triple tratamiento sociológico, normológico y dikelógico.

Estudiar la conciliación extrajudicial desde la teoría del derecho, en especial de la teoría trialista, como lo dice Rincón (2013), implica reconocerle su carácter regulado y que participa en la búsqueda de la paz social. “En materia de conciliación extrajudicial en derecho, lo fáctico se despliega en la audiencia de conciliación; lo normológico está orientado a la creación de una norma jurídica, actas y constancias; y, lo dikelógico opera como elemento crítico tanto de la audiencia como de la norma producto de la audiencia” (p. 103).

En la Teórica Trilógica, la Jurística Sociológica contiene las Adjudicaciones (Repartos y Distribuciones) de Potencia y de Impotencia. La Jurística Normológica puede explicar la conciliación desde el concepto, clase de normas que la regulan y de los imperativos. Desde la Jurística Dikelógica se puede explicar la conciliación desde la Teoría de la Justicia.

### ***Teoría del Conflicto y Mecanismo de Solución***

Remo Entelman considera que de la teoría del conflicto su vocación teórica no ha sido lo suficientemente debatida o desarrollada. El ordenamiento jurídico está establecido para la solución de conflictos, sin embargo, los teóricos del derecho no han puesto su esfuerzo a estudiar cómo funcionan las normas y las instituciones como instrumentos de resolución de conflictos entre dos o más sujetos. Por otro lado, la teoría pura del derecho clasifica las conductas de las personas en permitidas y prohibidas (Entelman, 2005).

### ***Teoría de la Tutela Judicial Efectiva***

La conciliación como administración de justicia autocompositiva, las partes en conflictos ponen fin total o parcialmente a sus

diferencias, con la ayuda del conciliador oficial o privado, firmando un acuerdo que se lleva a un acta que una vez aprobada surte los efectos de la cosa juzgada. (García Rodríguez, 2013).

Esta es la tesis más acogida en el OJC, y corresponde al concepto de tutela judicial efectiva, que se refiere a uno de los tres conceptos de máximo desarrollo adjetivo para la plena satisfacción de los derechos procesales en Colombia. A saber: debido proceso, acceso a la administración pública y tutela judicial efectiva, los cuales se han venido desarrollando a partir del andamiaje jurisprudencial de las altas cortes, hallando del último concepto una definición con mayor claridad en la sentencia C-086 (2016) de la CCC. Dicha sentencia, ya con la aplicación del CGP, cataloga la tutela judicial efectiva como una necesidad inherente a la condición humana y un estándar de un Estado constitucional, contemplándola como un derecho medular del carácter democrático y participativo del Estado, por lo tanto, refiriéndose a ella como pilar fundamental de la estructura actual del ESD. Así, este pronunciamiento se erige como providencia hita, por condensar los elementos fundamentales de la tutela judicial efectiva desarrollado en vasta jurisprudencia desde la promulgación de la CPC de 1991.

La teoría de la tutela judicial efectiva es un principio fundamental en el derecho que se refiere al derecho de toda persona a tener acceso a un recurso efectivo ante un tribunal o autoridad judicial para la protección de sus derechos e intereses legítimos. En el contexto de la conciliación, esta teoría tiene una gran importancia, ya que la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que busca evitar la judicialización de los mismos y, por lo tanto, garantizar una tutela judicial efectiva (Guecha Medina, 2014).



La teoría de la tutela judicial efectiva se refiere a la necesidad de que los mecanismos de solución de conflictos sean accesibles, efectivos y justos, y que permitan a las personas resolver sus conflictos de manera justa y equitativa. En el contexto de la conciliación, esto implica la necesidad de que este mecanismo sea accesible para todas las personas, independientemente de su posición social, económica o política. Además, debe garantizarse la imparcialidad y la neutralidad de los conciliadores para asegurar que el acuerdo alcanzado sea justo y equitativo (Hernández & Franco, 2015).

Por otro lado, la teoría de la tutela judicial efectiva implica la necesidad de que las decisiones adoptadas en el proceso de conciliación sean vinculantes y que se cumplan en la práctica. En este sentido, la legislación colombiana establece que los acuerdos alcanzados en el proceso de conciliación tienen la misma fuerza vinculante que una sentencia judicial, y pueden ser ejecutados ante los tribunales de justicia si alguna de las partes incumple el acuerdo.

En conclusión, la teoría de la tutela judicial efectiva es fundamental en el contexto de la conciliación, ya que garantiza que este mecanismo alternativo de solución de conflictos sea accesible, efectivo y justo para todas las personas. La conciliación permite a las personas resolver sus conflictos de manera pacífica y efectiva, evitando la judicialización de los mismos y garantizando una tutela judicial efectiva para todas las partes involucradas.

## **LA CONCILIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

En Colombia, a partir del desarrollo de la CPC de 1991 se han establecido los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) como herramienta de construcción de cultura de paz.

En razón del andamiaje sociocultural de los reconocidos acuerdos de la Habana o acuerdos de paz, que instituyen el acuerdo y el diálogo como un medio de realización para la paz, debemos recordar que según el artículo 22 de la C.N. la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

La conciliación es un proceso de resolución de conflictos que se ha practicado en Colombia desde hace muchos años. Antes de la promulgación de la Ley 640 de 2001, que estableció el marco jurídico para la conciliación en Colombia, la conciliación era utilizada en algunas áreas del derecho, como el derecho laboral y el derecho de familia. Sin embargo, no existía un marco legal completo para su aplicación.

En la década de 1990, el Gobierno colombiano reconoció la necesidad de un sistema de resolución de conflictos más eficiente y efectivo, y comenzó a promover la conciliación como una alternativa al proceso judicial tradicional. En 1991 se creó el Centro de Conciliación del Ministerio de Trabajo, que se convirtió en el primer centro de conciliación del país.

En 1994, se expidió la Ley 23 de 1991, que estableció la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos en materia laboral. La ley permitió a los trabajadores y empleadores solucionar sus conflictos a través de la conciliación, evitando así los largos procesos judiciales.

En 1998, se promulgó la Ley 446 de 1998, que estableció la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos en todas las áreas del derecho. La ley reconoció la conciliación como un medio eficaz y eficiente para resolver conflictos y estableció las bases para la creación de centros de conciliación en todo el país.

Finalmente, en el año 2001 se expidió la Ley 640 de 2001, que estableció el marco jurídico para la conciliación en Colombia. La ley definió la conciliación como un procedimiento voluntario y estableció las normas y procedimientos para su aplicación en todas las áreas del derecho. Además, la ley creó el Consejo Nacional de Conciliación, encargado de promover la conciliación en el país y de supervisar la creación y funcionamiento de los centros de conciliación.

Así, la conciliación ha sido utilizada en Colombia desde hace muchos años, pero fue en la década de 1990 cuando el Gobierno comenzó a promoverla como una alternativa al proceso judicial tradicional. La promulgación de la Ley 640 de 2001 estableció el marco jurídico para la conciliación en Colombia y la convirtió en un mecanismo de solución de conflictos ampliamente utilizado en todo el país (Hernández & Franco, 2015).

Ahora bien, cabe destacar que la naturaleza Constitucional de la Conciliación en Colombia presenta un mecanismo de solución de conflictos que tiene una naturaleza jurídica propia y particular. En Colombia, la conciliación es considerada un procedimiento jurídico, ya que está regulada por la ley y tiene efectos jurídicos.

La Ley 640 de 2001 define la conciliación como "el mecanismo mediante el cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de un conflicto, con la ayuda de un tercero imparcial y neutral denominado conciliador". Además, establece que la conciliación es un procedimiento voluntario y que tiene efectos jurídicos cuando se realiza dentro de los términos y condiciones previstos por la ley.

La conciliación tiene una naturaleza jurídica transaccional, es decir, su objetivo es llegar a un acuerdo entre las partes en conflicto

que ponga fin al litigio o a la controversia. La conciliación busca solucionar los conflictos de forma amistosa, sin necesidad de recurrir a un proceso judicial, lo que la hace más rápida, económica y eficiente que el proceso judicial.

Adicionalmente, la conciliación puede ser utilizada en diferentes áreas del derecho, como el derecho laboral, el derecho civil, el derecho comercial, el derecho de familia, entre otros. En cada una de estas áreas, la conciliación tiene una naturaleza jurídica particular; pero, en general, su objetivo es siempre resolver el conflicto de forma amistosa y evitar la litigación (García, 2013).

Ante la naturalización constitucional de este mecanismo a través del artículo 116, el rango constitucional de la conciliación en Colombia ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde hace varios años. A continuación, se presentan algunos de los desarrollos jurisprudenciales más relevantes en este sentido:

- En la sentencia T-1027 de 2007, la Corte Constitucional reconoció la importancia de la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos en Colombia. En esta sentencia, la Corte afirmó que la conciliación es un derecho fundamental de las personas y que su ejercicio debe ser protegido por el Estado.
- En la sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la Ley 640 de 2001, que establece el marco jurídico para la conciliación en Colombia. En esta sentencia, la Corte destacó la importancia de la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos ágil, económico y efectivo.

- En la sentencia T-524 de 2011, la Corte Constitucional reconoció el derecho de las personas a acceder a la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos. En esta sentencia, la Corte afirmó que la conciliación es un derecho fundamental de las personas y que su ejercicio debe ser protegido por el Estado.
- En la sentencia T-283 de 2015, la Corte Constitucional reiteró la importancia de la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos en Colombia. En esta sentencia, la Corte afirmó que la conciliación es un derecho fundamental de las personas y que su ejercicio debe ser protegido por el Estado.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido el rango constitucional de la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos. La conciliación es considerada un derecho fundamental de las personas y su ejercicio debe ser protegido por el Estado. La conciliación es un mecanismo de solución de conflictos ágil, económico y efectivo que contribuye a la justicia y a la paz social en Colombia (González, 2010).

## LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA

De acuerdo a todo lo referido anteriormente, en Colombia, la conciliación es un mecanismo de solución de conflictos que cuenta con características constitucionales específicas, entre las cuales se pueden destacar las siguientes:

- *Derecho fundamental.* La conciliación es reconocida como un derecho fundamental en Colombia, protegido por la Constitución y los tratados internacionales de derechos

humanos. La Corte Constitucional ha afirmado en diversas ocasiones que la conciliación es un derecho fundamental de las personas.

- *Voluntariedad.* La conciliación es un mecanismo de solución de conflictos voluntario. Las partes pueden decidir libremente si desean o no conciliar, y pueden retirarse del proceso en cualquier momento si no están de acuerdo con los términos de la conciliación.
- *Imparcialidad.* El conciliador debe ser imparcial y neutral, y no puede tomar partido por ninguna de las partes en conflicto. El conciliador debe garantizar que el proceso se desarrolle de manera equitativa y justa para todas las partes.
- *Confidencialidad.* La conciliación es un proceso confidencial. Las partes y el conciliador están obligados a mantener en secreto todo lo que se haya dicho o presentado durante el proceso de conciliación.
- *Eficacia.* La conciliación es un mecanismo de solución de conflictos eficaz y rápido. Permite a las partes resolver sus conflictos de manera ágil y sin necesidad de recurrir a un proceso judicial.
- *Carácter vinculante.* La conciliación tiene efectos jurídicos vinculantes para las partes. Si las partes llegan a un acuerdo en el proceso de conciliación, este acuerdo tiene la misma fuerza y efectos que una sentencia judicial.
- *Economía procesal.* La conciliación es un mecanismo de solución de conflictos económico, ya que evita la litigación y reduce los costos y el tiempo que implica un proceso judicial.

Estas características son el reflejo de la aplicación fenomenológica de la figura de la constitucionalización de la conciliación en Colombia, la cual hace referencia al reconocimiento constitucional de la conciliación como un mecanismo jurisdiccional alternativo para la solución de conflictos, con características específicas y con un rango normativo superior al de las leyes ordinarias.

Dicho reconocimiento se encuentra establecido en diversos preceptos constitucionales, como el derecho al acceso a la administración de justicia (artículo 229), el derecho a la solución pacífica de conflictos (artículo 2), y el derecho a la conciliación como mecanismo para resolver conflictos (artículo 116). Asimismo, la Ley 640 de 2001 establece el marco normativo de la conciliación en Colombia, siguiendo los lineamientos constitucionales.

La constitucionalización de la conciliación en Colombia tiene diversas implicaciones. En primer lugar, reconoce la importancia de la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos ágil, efectivo y económico, que contribuye a la justicia y a la paz social. En segundo lugar, establece la obligación del Estado de proteger y garantizar el derecho de las personas a acceder a la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos. En tercer lugar, reconoce que la conciliación es un mecanismo de solución de conflictos vinculante y con efectos jurídicos similares a los de una sentencia judicial.

Asimismo, la constitucionalización de la conciliación implica la obligación de las autoridades judiciales y administrativas de promover la conciliación como mecanismo de solución de conflictos y de facilitar su acceso a la ciudadanía. También implica la necesidad de garantizar la imparcialidad y la neutralidad de los conciliadores, y de proteger la confidencialidad de las conversaciones y acuerdos alcanzados durante el proceso de conciliación.

## BREVE REFLEXIÓN CONCLUSIVA

Finalmente, podemos destacar que la figura de la constitución de la conciliación en Colombia reconoce la importancia de la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos y establece su reconocimiento y protección como un derecho fundamental de las personas. Esto implica la obligación del Estado y de las autoridades de garantizar el acceso a la conciliación, su imparcialidad y confidencialidad, y su vinculación jurídica en caso de alcanzarse un acuerdo.

Sin embargo, es importante reconocer que, aunque la conciliación es un mecanismo reconocido constitucionalmente en Colombia y en muchos otros países, su utilidad puede verse limitada en ciertos casos.

Uno de los principales obstáculos para la utilidad de la conciliación en Colombia es la falta de confianza de las personas en este mecanismo. En muchos casos, las personas no creen que la conciliación sea una opción viable para resolver conflictos, ya sea por la complejidad del proceso, la falta de conocimiento sobre el mismo, o por la falta de confianza en la imparcialidad de los conciliadores.

Además, en algunos casos la conciliación puede resultar ineficaz debido a la desigualdad entre las partes en el conflicto. Si una de las partes tiene un mayor poder económico o político, es posible que no tenga el incentivo para llegar a un acuerdo justo y equitativo a través de la conciliación.

Conviene reconocer que, aunque la conciliación puede ser una opción más rápida y económica que los procesos judiciales, no siempre es la solución más adecuada para todos los tipos de conflic-



tos. En algunos casos, es posible que la complejidad del conflicto requiera la intervención de un juez o de una autoridad judicial para resolver el problema de manera justa y efectiva.

En conclusión, aunque la conciliación es un mecanismo reconocido constitucionalmente en Colombia y puede resultar una opción viable para resolver conflictos, su utilidad puede verse limitada en ciertos casos. Es necesario seguir trabajando en la promoción y difusión de la conciliación como un mecanismo eficaz de resolución de conflictos, y en la mejora de las condiciones para su implementación efectiva.

## REFERENCIAS

Borja Hinestroza, M. (2019). *Los comités de conciliación en las entidades públicas*. Tesis: Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho, Trabajo de Grado Peiper – Sede Medellín.

Cassagne, J. C. (2018). *Los grandes principios de derecho público*. Temis.

Entelman, R. F. (2005). *Teoría de Conflictos*. . Barcelana. : Gedisa Editorial. .

García Rodríguez, F. S. (2013.). *La Conciliación Civil y Comercial*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

García Rodríguez, F. S. (2018). *La Conciliación Administrativa*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Giraldo Ángel, J. (2012). *Metodología y Técnica de la investigación Socio Jurídica*. Tesis: Universidad e Ibagué.

Gómez Lee, I. D. (2021). *Fundamentos de la Responsabilidad Fiscal en Colombia*. Tirant lo Blanch.

González Rey, S. (2010). Conciliación extrajudicial en asuntos contencioso-administrativos: hacia un nuevo paradigma. *Revista Digital De Derecho administrativo*.

Güecha Medina, C. N. (2014). *Derecho procesal Administrativo*. Editorial Ibañez.

Hernández Montoya, C. V., & Franco López, G. C. (2015). *Conciliación administrativa frente a los derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables en la jurisdicción contenciosa administrativa de Manizales periodos 2010-2013*. Tesis: Universidad Libre seccional Pereira.

La Rosa, J., & Rivas, G. (2018). *Teoría del Conflicto y Mecanismo de solución*. Fondo Editorial. Universidad Católica.



## **Yezid Carrillo De La Rosa** *COMPILADOR*

Abogado y filósofo. Docente-investigador del programa de Derecho de la Universidad Libre sede Cartagena y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Director del grupo de investigación en Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales - PHRONESIS. Doctor en Derecho (Universidad Externado - Colombia); Doctor of Philosophy in Contemporary Political Philosophy (CIU Cambridge International University); Magíster en Derecho (Universidad Nacional - Colombia); Especialista en Ética y Filosofía Política y especialista en Derecho Público.



## **Ricardo Andrés Cano Andrade** *COMPILADOR*

Abogado. Docente-investigador de la Fundación Universitaria Colombo Internacional. Coordinador del grupo de investigación en Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales - PHRÓNESIS; y del grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos - PRAGMA. Candidato a magíster en Desarrollo Humano (FLACSO de Argentina); candidato a magíster en Derecho (Universidad de Cartagena - Colombia); especialista en Métodos y Técnicas de Investigación Social.



## Ronaldo Figueroa Puello

Abogado. Docente de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Integrante activo del grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales “PHRÓNESIS”. Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Externado - Colombia); especialista en Derecho Disciplinario (Universidad Externado - Colombia); especialista en Derecho del Medio Ambiente (Universidad Externado - Colombia); y especialista en Derecho Probatorio (Universidad Sergio Arboleda - Colombia)



## Fernando Luna Salas

Abogado. Docente-investigador del programa de Derecho de la Universidad Libre sede Cartagena y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Editor de la Revista Jurídica Mario Alario D’ Filippo. Codirector del grupo de investigación Derecho Privado, Procesal y Probatorio; e integrante activo del grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos - PRAGMA; e Integrante activo del grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales “PHRONE-SIS”. Doctorando en Derecho, Ciencias Políticas y Criminológicas (Universidad de Valencia - España); Magíster en Derecho (Universidad

de Cartagena – Colombia); Especialista en Derecho Procesal (Universidad Libre – Colombia). Investigador Junior por Colciencias.



### **Oscar Manuel Ariza Orozco**

Abogado. Docente-investigador de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Integrante activo del grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos - PRAGMA. Doctor en Derecho (Universidad Sergio Arboleda – Colombia); Magíster en Estudios Políticos (Pontificia Universidad Javeriana – Colombia); Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas (Universidad de Los Andes – Colombia).



### **Henry Valle Benedetti**

Abogado. Docente-investigador de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Integrante activo del grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos – PRAGMA. Magíster en International Business (Universidad de Saint Mary’s - Minnesota USA); magíster en Derecho Administrativo (Universidad Libre - Colombia).



### **Melisa Caro Benítez**

Abogada. Docente-investigadora de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Codirectora del grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos - PRAGMA. Magíster en Promoción y Protección de Derechos Humanos (Universidad del Magdalena - Colombia); especialista en Derechos Humanos.



### **Álvaro Salgado González**

Abogado. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Universidad de Cartagena, y Profesor Emérito de la misma institución de educación superior. Integrante activo del grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales "PHRONESIS". Doctor Honoris Causa múltiple; magíster en Derecho Penal (Universidad Santo Tomas - Colombia); especialista en Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad de Cartagena - Colombia).



### **Edgardo Manuel Serpa Sua**

Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Coordinador del semillero Germinación-Tutela Penal adscrito al grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales "PHRONESIS".



### **Carolina García Tarrá**

Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Coordinadora del semillero Germinación-Tutela Penal adscrito al grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales “PHRÓNESIS”.



### **Joe Caballero Hernández**

Abogado. Docente de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Integrante activo del grupo de investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales “PHRONESIS”. Magíster en Derecho (Universidad de Cartagena - Colombia).



### **Daniel Flórez Muñoz**

Abogado. Docente-investigador del programa de Derecho de la Universidad Libre sede Cartagena y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Integrante activo del grupo de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos - PRAGMA; e Integrante activo del grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales “PHRONESIS”. Magíster en Derecho (Universidad de Cartagena - Colombia); especialista en Métodos y Técnicas de Investigación Social. Certificado en Estudios Afrolatinoamericano, (Universidad de Harvard -EEUU).



## **Ahneyenzy Carrillo Velásquez**

Abogada. Docente de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco. Integrante activa del grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales “PHRONESIS”. Magíster en Estado de Derecho global & democracia constitucional (Università Degli Studi Di Genova - Italia); especialista en Derecho Civil y de Familia. Conciliadora en Derecho y experta en Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos (MASC).



## **Alfonso Carrillo Velásquez.**

Abogado. Integrante activo del grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales “PHRONESIS”. Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Libre - Colombia); especialista en Derecho Contencioso Administrativo (Universidad Externado - Colombia).



## **Héctor Varela Contreras**

Abogado. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Integrante activo del Centro de Investigación y Altos Estudios de TALID. Magíster en Negociación de Conflictos. Director Ejecutivo del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la fundación TALID.





## **Andrés Antonio Alarcón Lora**

Abogado. Docente-investigador del programa de Derecho de la Universidad Libre sede Cartagena y de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Integrante activo del grupo de investigación Derecho Laboral y Seguridad Social. Phd en Ciencias de la Educación de RUDECOLOMBIA (Universidad de Cartagena – Colombia); magíster en Derecho (Universidad del Norte – Colombia); especialista en Derecho Comercial (Universidad Externado – Colombia). Docente de áreas de Educación, Derecho y Negocios en Universidad Libre de Barranquilla, Corporación Universitaria del Caribe (CECAR), Universidad del Magdalena, Universidad Javeriana de Cali, Universidad del Norte y la Universidad Externado de Colombia.



## **Andrea Carolina Meza Herrera**

Abogada. Estudiante destacada en las áreas de propiedad intelectual y Derecho de la moda. Semillerista del grupo de investigación en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Conciliadora en Derecho por la Cámara de Comercio de Cartagena (Colombia).

