

ISSN 0122-1108

Revista  
**PENSAMIENTO JURÍDICO**  
Julio - diciembre de 2020 No. 52



Reflexiones sobre la teoría  
de la justicia, el derecho y  
la investigación criminal

**Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, UNIJUS**  
Vicedecanatura de Investigación y Extensión  
Facultad de Derecho. Ciencias Políticas y Sociales  
Sede Bogotá



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA



Revista  
**PENSAMIENTO JURÍDICO**  
Julio - diciembre de 2020      No. 52

Reflexiones sobre la teoría  
de la justicia, el derecho y la  
investigación criminal



Revista  
**PENSAMIENTO JURÍDICO**  
Julio - diciembre de 2020      No. 52

Relexiones sobre la teoría  
de la justicia, el derecho y  
la investigación criminal



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

## **REVISTA PENSAMIENTO JURÍDICO No. 52**

Título del número: "*Reflexiones sobre la teoría de la justicia, el derecho y la investigación criminal*"

Publicación semestral, arbitrada según criterios que aseguran el anonimato de autor y par evaluador

Lugar y fecha: Bogotá, julio-diciembre de 2020

© UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico - Sociales

Gerardo Molina - UNIJUS

### ***ISSN 0122-1108***

Prof. Dra Dolly Montoya Castaño. (Rectora)

Prof. Dr. Hernando Torres Corredor (Decano de la Facultad)

Prof. Dr. Alejo Vargas Velásquez (Vicedecano de Investigación y Extensión)

### **Director de la revista**

Prof. Dr. Bernd Marquardt

### **Comité editorial**

Prof. Dr. Diego Eduardo López Medina (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Farid Samir Benavides (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Gregorio Mesa Cuadros (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dr. Oscar Mejía Quintana (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dra. Raina Zimmerman (Universidad Johannes Kepler, Linz-Austria)

Prof. Dr. Rodolfo Arango Rivadeneira (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Antoni Pigrau Sole (Universitat Rovira i Virgili, España)

Prof. Dr. Enrique Letellier Loyola, (Universidad de Antofagasta, Chile)

### **Pares evaluadores**

Prof. Dr. Henry Torres Vásquez (Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Colombia)

Prof. Dr. Enán Arrieta Burgos (Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia)

Prof. Dra. Fernanda Navas Camargo (Universidad Católica de Colombia, Colombia)

Prof. Dr. Carlos Mario Molina Betancur (Universidad de Medellín, Colombia)

Prof. Dr. José Gregorio Noroño Sánchez (Universidad del Sinú, Colombia)

Prof. Mg. Carlos Fernando Guerrero Osorio (Escuela Superior de Guerra, Colombia)

Prof. Dr. Luis Fernando Sánchez Supelano (Universidad Militar Nueva Granada, Colombia)

Prof. Dr. Christian Benítez Núñez (Universidad Autónoma Del Estado de Morelos, México)

### **Coordinador editorial**

Luis Fernando Sánchez Supelano

### **Correspondencia y subscripción**

Diagonal 40 A Bis No. 15 — 38 Casa Gaitán, Bogotá, Colombia

Teléfono (571) 316 5000 Ext. 17306

Correo electrónico: rpjuridico\_fdbog@unal.edu.co

URL: [www.derecho.unal.edu.co/unijus/rpj.html](http://www.derecho.unal.edu.co/unijus/rpj.html) - <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/issue/archive>

**Portada:** "Justicia en cadenas. Alegoría del mal gobieno de Ambrogio Lorenzetti (1290-1348), Palazzo Pubblico, Siena, Italia."

Impreso y hecho en Bogotá D.C., Colombia.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

# Contenido

Introducción .....	9-12
<i>Aproximación al concepto del principio de justicia universal</i>	
<i>Approximation to the concept of the principle of universal</i>	
Mayra Alexandra Valencia Aragón .....	13-33
<i>Una idea de justicia: Estado, Democracia y Participación</i>	
<i>An idea of justice: State, Democracy and Participation</i>	
Daniel Fernando Cruz Cubillos, Sergio Alejandro Silva Vargas y David Valderrama Arciniegas .....	35-49
<i>Ánalisis de la tendencia unificadora del régimen de responsabilidad civil a partir de la protección ex constitutio del consumidor colombiano</i>	
<i>Analysis of the unifying trend of the civil liability regime based on the ex constitution protection of the Colombian consumer</i>	
Marcos Rodríguez Puentes .....	51-86
<i>Entre la norma y la justicia: excepciones al debido proceso</i>	
<i>Between the norm and justice: exceptions to due process</i>	
Carlos Manuel Rosales .....	87-153

*¿Puede el Congreso reformar la configuración constitucional de la Jurisdicción Especial para la Paz? Hacia una teoría sobre los límites implícitos del poder de reforma constitucional en las transiciones políticas*

*Can Congress reform the constitutional configuration of the Special Jurisdiction for Peace? Towards a theory on the implicit limits of the power of constitutional reform in political transitions*

David Fernando Cruz Gutiérrez ..... 155-180

*Epistemología del compliance como criterio de funcionamiento social y empresarial*

*Epistemology of compliance as a criterion of social and business functioning*

Juan Camilo Rojas Arias ..... 181-200

*La responsabilidad del Estado colombiano por la falla en la detección temprana de enfermedades auditivas*

*Responsibility of the Colombian State for the failure in the early detection of auditory diseases*

William Eugene Ulrich Astaiza ..... 201-222

*Priorización, contextos y patrones de macrocriminalidad: estrategia de investigación en el marco de la justicia transicional en Colombia*

*Prioritization, contexts and macrocriminality patterns: investigation's strategy in the framework of the transitional justice in Colombia*

Juan Pablo Cardona Chaves ..... 223-268

*Revista Pensamiento Jurídico. Instrucciones para los autores de artículos a publicar* ..... 271-278

*Journal Pensamiento Jurídico. Instructions for authors* ..... 279-286

Política de Ética Editorial ..... 287-294

Editorial Ethics Policy ..... 295-301

## Introducción

En esta ocasión la revista Pensamiento Jurídico, publicación arbitrada bajo la modalidad de doble ciego y de carácter semestral de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, presenta algunas reflexiones sobre la teoría de la justicia, el derecho y la investigación criminal, a partir de reflexiones teóricas, conceptuales e históricas desde un enfoque trans- e interdisciplinar, con el ánimo de contribuir a la comprender las lógicas de funcionamiento y evolución del derecho. El contenido de la revista está dirigido a investigadores, docentes, estudiantes y especialistas en las diversas ramas del derecho, en el ámbito nacional e internacional. A continuación, se realiza una breve presentación de cada uno de los artículos.

En primer lugar la abogada litigante Mayra Alexandra Valencia Aragón (abogada Universidad INNCA) presenta el artículo denominado “*Aproximación al concepto del principio de justicia universal*”. Este artículo analiza el concepto del principio de justicia universal, que puede entenderse como la respuesta a la necesidad de justicia, desde el sentido material y real, no desde el formal en el que todos los individuos tienen acceso al sistema de justicia, este pretende que lo que es abiertamente injusto, no opere como justo. De esta forma se estudian las bases filosóficas y conceptuales del principio de justicia universal para su entendimiento general.

A continuación los estudiantes de la Universidad Nacional de Colombia Daniel Fernando Cruz Cubillos, Sergio Alejandro Silva Vargas, y David Valderrama Arciniegas; presentan el texto “*Una idea de justicia: Estado, derechos posindividualistas y posliberales*”. En este texto se analiza como durante los últimos doscientos treinta años, el concepto de las libertades individuales equitativas y de justicia ha girado en torno a un paradigma liberal, resultado de un proceso interactivo entre distintos paradigmas a lo largo de la historia del Estado, que se impusieron como facultades propias de clases sociales y luego se configuraron como “límites al poder” en favor de una perspectiva social newtoniana). Desde esa perspectiva, se evidencia como desde distintos debates respecto a los derechos humanos han modelado teorías sobre cómo interpretar las luchas de los derechos en sociedades “democráticas liberales”, y estos han desarrollado teorías hiperliberales sobre la justicia internacional y la inevitable globalización que se buscarán criticar en este artículo.

Seguidamente, el profesor de la Universidad del Bosque Marcos Rodríguez Puentes (Abogado, especialista y magíster en Derecho Privado Económico) presente el artículo titulado “*Análisis de la tendencia unificadora del régimen de responsabilidad civil a partir de la protección ex constitutione del consumidor colombiano*”. En este se estudia la diáada de responsabilidad contractual y extra-contractual, y su relación con la responsabilidad objetiva, llegando a la conclusión de que no existe una relación necesaria entre ellas y la responsabilidad *ex lege*, y que esta, bien entendida, simplemente se refiere a la determinación *desde la ley* de una obligación específica. Logrado lo anterior, se parte de la equivalencia semántica entre *responsabilidad ex lege* y *responsabilidad ex constitutione* para señalar que la diferencia es solo jerárquica, a lo que se aúna que las soluciones prácticas que la Corte pretendía derivar de la última ya eran asequibles en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que el aporte de la Sentencia C-1141 de 2000 a la evolución del derecho colombiano es de naturaleza diferente a la que se suele suponer. Finalmente, al examinar los argumentos de la Corte en la sentencia, se llega a la conclusión de que su contribución real es la apertura a la completa superación de la bifurcación del sistema de responsabilidad civil en Colombia.

A continuación, el profesor de la Universidad Autónoma de México Carlos Manuel Rosales (Licenciado en Derecho Magíster y Doctor en Derecho) presenta el artículo titulado “*Entre la norma y la justicia: excepciones al debido proceso*”. El texto pretende demostrar los casos en que el debido proceso puede ser soslayado para tutelar el derecho de una persona a la justicia. En este sentido, se hace dúctil el principio de legalidad e incluso de constitucionalidad, si se requiere administrar una justicia expedita. Por lo que se analizará el fundamento de las partes o del juzgador para esta posibilidad.

ulteriormente, el profesor de la Universidad de los Andes David Fernando Cruz Gutiérrez (abogado y magíster en Derecho) presenta el documento titulado “*¿Puede el Congreso reformar la configuración constitucional de la Jurisdicción Especial para la Paz? Hacia una teoría sobre los límites implícitos del poder de reforma constitucional en las transiciones políticas*”. En este documento se argumentará que el Congreso de la República no puede retirar del ordenamiento jurídico aquellas reformas constitucionales que se introdujeron a través del *fast track*, so pena de incurrir en una sustitución de la Constitución y en consecuencia sobrepasar la órbita de sus competencias. Para soportar esta tesis el documento se organiza en tres partes. En la primera parte, de naturaleza predominantemente descriptiva, presenta el ingreso de la JEP a la Constitución, centrando su atención en la particularidad del procedimiento de inclusión en la Carta y en los elementos que jurisprudencialmente resultan relevantes. En la segunda parte se presentan los elementos que componen la discusión jurídica frente a la competencia del Congreso para reformar la JEP. En la tercera parte, para

cerrar el artículo, se presenta la arquitectura teórica del argumento principal, cimentando las bases de una teoría de los límites implícitos del poder de reforma constitucional en las transiciones políticas.

Seguidamente, el estudiante de doctorado de la Universidad de Salamanca Juan Camilo Rojas Arias (abogado, magíster en Derecho Internacional y en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas) presenta el artículo denominado *“Epistemología del compliance como criterio de funcionamiento social y empresarial”*. El texto aborda el auge de los sistemas de cumplimiento surgidos en las corporaciones en el mundo, denominados *compliance* y su paulatina inserción en los diferentes ordenamientos jurídicos, de esta forma el texto busca explorar las bases filosóficas y jurídicas de su creación como criterio de funcionamiento empresarial y social en la realidad actual.

A continuación, el abogado William Eugene Ulrich Astaiza (abogado, especialista en Derecho Administrativo, magíster en Derecho Administrativo) presenta el documento denominado *“La responsabilidad del Estado colombiano por la falla en la detección temprana de enfermedades auditivas”*. El presente artículo presenta un análisis de la responsabilidad del Estado por la falla en la detección temprana de enfermedades auditivas, en el entendido de que le corresponde al Estado colombiano efectuar el Potencial Evocado Automatizado de Tallo Cerebral (PEATC), a los recién nacidos dentro de las primeras 48 horas de su nacimiento, a fin de establecer de forma acertada su audición y las enfermedades que pudieren presentar de acuerdo con lo establecido en la Ley 982 de 2005. Esta falla por la omisión en la realización del PEATC podría derivar en la pérdida de la oportunidad de acceder a un tratamiento, que si bien no es una cura definitiva, resultaría en una ostensible mejora de su estilo de vida.

Finalmente, el funcionario de la Jurisdicción Especial de Paz Juan Pablo Cardona Chaves (Abogado,, magíster en Derecho, magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos) presenta el artículo *“Priorización, contextos y patrones de macrocriminalidad: estrategia de investigación en el marco de la justicia transicional en Colombia”*. Este artículo busca analizar los tres principales elementos aplicados en el Proceso Especial de Justicia y Paz para la investigación de crímenes de sistema cometidos en el marco del conflicto armado, mediante el uso de una metodología analítica e inductiva. En primer lugar se presentan los componentes estructurales de ese procedimiento y los factores que conllevaron a su reforma. A continuación se examinan las tres herramientas que marcaron su cambio estratégico: la política de priorización, la elaboración de contextos y la identificación de patrones de macrocriminalidad. Finalmente se estudian los resultados de ese nuevo esquema, con la finalidad de ofrecer las buenas prácticas y lecciones aprendidas que puedan extraerse de cara al nuevo proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz.

De esta forma, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia pone a disposición de la comunidad académica nacional e internacional un nuevo número de Pensamiento Jurídico, con el ánimo de contribuir a los debates actuales del mundo del derecho en sentido amplio abordando discusiones pertinentes sobre la evolución del derecho colombiano en perspectiva comparada y su funcionamiento práctico.

**BERND MARQUARDT**

Director

*Revista Pensamiento Jurídico*

# Aproximación al concepto del principio de justicia universal

## Approximation to the concept of the principle of universal justice

Mayra Alexandra Valencia Aragón\*

Fecha de recepción: 5 de febrero de 2020

Fecha de aprobación: 10 de septiembre de 2020

### RESUMEN

El objetivo de este artículo es analizar el concepto del principio de justicia universal, que puede entenderse como la respuesta a la necesidad de justicia, desde el sentido material y real, no desde el formal en el que todos los individuos tienen acceso al sistema de justicia, este pretende que lo que es abiertamente injusto, no opere como justo.

En consecuencia, se puede entender que los gobiernos que aprueban la injusticia, consintiendo que los mayores detractores de la norma sean perdonados, indultados o se les conceda amnistía, dejando de lado la justicia para las víctimas, no deberían considerarse como parte de la construcción de la sociedad; no obstante, estos mecanismos se analizan desde la perspectiva de su aplicación en forma indiscriminada, por ser contrarios al deber ser de la formación social. En este artículo se evidenciarán algunos de los casos más característicos del principio de justicia universal, en el que se observa una aplicación efectiva y prevalece la justicia real.

En síntesis, con el planteamiento principal, se analizarán las bases filosóficas y conceptuales del principio de justicia universal para su entendimiento general. **Palabras clave:** justicia, extraterritorialidad, universal, gobierno, soberanía, lesa humanidad, genocidio.

### ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the concept of universal justice, this principle as the answer to the need for justice, from the material and real, not the formal sense in which all individuals have access to justice, but from a broader perspective, this principle seeks that what is openly unfair, does not navigate society as fair.

In consequence, it could understand that the governments that approve that their citizens coexist with injustice, that consent that the biggest detractors of the norm be pardoned, exonerated or granted amnesty even leaving aside justice for the victims, should not be considered as positive for the construction of society. However, should not be

\* Profesional en derecho. Tiene experiencia como abogada junior en derecho laboral, derechos humanos y derecho Agrario. Ha sido auxiliar de abogados y colaboradora activa de las fundaciones Artística y Cultural Ecos de Colombia y Rompiendo Barreras. Universidad INCCA de Colombia. Colombia. mayravalara@outlook.es ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8136-8330>.

understood as openly negative, but it is necessary to be clear about the perspective of its application indiscriminately, it goes against the duty of social formation, in this article some of the most characteristic cases of the principle of universal justice, where a valid application is observing and where real justice prevails.

In synthesis, with the first approach, the philosophical and conceptual bases of the principle of universal justice will be analyzed for its general understanding.

**Keywords:** government, justice, extraterritoriality, universal, sovereignty, crimes against humanity, genocide.

## PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

### 1. Concepto

**E**l principio de justicia universal (en adelante PJU) responde a la necesidad social respecto a aquellos crímenes que afectan u ofenden a la humanidad, que aparentemente están en impunidad. También sirve para prevenir las violaciones continuas al derecho internacional humanitario; su principal finalidad es darle la potestad a cualquier Estado de juzgar al sujeto activo que cometió el ilícito en sus respectivos territorios.

Con el estatuto de Roma se creó una estructura que clasifica los crímenes que afectan a la humanidad, en las siguientes categorías: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.

Ahora bien, ¿Cómo surge este principio que busca sustituir la injusticia formal que existe en algunos sistemas jurídicos?

Se analiza el caso de “los guardianes del muro de Berlín” (Robert Alexi, 2000), que pone de manifiesto el PJU, ya que es el primer caso efectivo de aplicación. En este se entiende que, al existir una norma manifestamente injusta, esta no se debe cumplir, aunque *per se* sea una orden, *a posteriori*, se entiende que las personas tienen un raciocinio y un sentido común y al sopesar las opciones, se debe tomar la decisión más lógica. Los guardianes del muro de Berlín tenían la orden de no permitir el cruce por la frontera sin una autorización y si alguien quisiera hacerlo podrían, después de analizar la situación, disparar para persuadir al delincuente (era delito cruzar el muro) y lograr que detuviera sus planes de cruzar el muro, no pudiéndolo detener, disparar contra este o estos una ráfaga para inmovilizarlos, es decir, fusilarlos, persiguiendo el cumplimiento de la ley federal ya que el fin último era que nadie cruzase sin permiso.

En el caso en concreto, los vigilantes debían proteger el muro en horas de la noche. De pronto observaron que un sujeto intentaba traspasar la frontera y alejarse de ellos. Al notar esta conducta los custodios gritaron al individuo con el fin de advertirle que lo habían notado y que este se detuviera, pero él hizo caso omiso, por lo que ellos dispararon. Uno de los encargados mató al “delincuente”. Como dispararon al tiempo fue imposible saber cuál arma había originado el disparo. Se analizó como un caso de coautoría. Luego de la ocurrencia de los hechos, a los vigilantes se les retiró del cargo por un tiempo, pero luego recibieron medallas y marcos, mientras que a la esposa del presunto delincuente, es decir, la víctima se le informó semanas después que su esposo se había suicidado y que lo habían cremado. Esta actitud deja claro que los superiores de los guardias

querían mantener oculta la verdadera historia, tenían el interés evidente de manipular la situación a su conveniencia, porque la forma de actuar de los guardianes del muro no tenía ninguna justificación.

Como se puede inferir, no se inició una investigación de forma inmediata, pues la conducta era aceptada y escondida por sus superiores. Luego de iniciar la investigación los vigilantes y sus jefes interpusieron amparos, pues creían que la ley federal los protegería al prever la situación en cuestión, es decir, usar la violencia en caso de que el infractor persistiera con su conducta, solo que al momento de tomar esta medida, tenía que ser la única opción. Por otra parte, se observa que los guardias no tuvieron el interés de detener al “delincuente”, y dieron unos disparos “de aviso”. Al observar que este no se detuvo, entonces dispararon en ráfaga, y no le dieron tiempo de actuar.

En virtud de lo sucedido, se debe observar el contexto de la situación: los alemanes un día despertaron separados por un muro; quienes “cuidaban” el muro tal vez conocieron a estas personas desesperadas por reencontrarse con sus familiares. Ahora bien, existe una ley que prohíbe el paso al otro lado del muro sin expreso consentimiento. ¿cómo puede ser lógico que estas personas que solo quieren reunirse con sus familiares, deban morir en el intento?.

La respuesta al paradigma anterior la da Radbruch (2010) quien fue el primero en crear la fórmula que describe la injusticia estatal, la que se estructura en dos posturas; la primera parte, “fórmula de la intolerancia” dice que las leyes pierden su validez jurídica cuando existe una contradicción con la justicia en medida insoportable; la segunda postura es “la fórmula de la negación” en la que se niega la naturaleza jurídica de las leyes aplicables o positivas, pues en su construcción se busca negar la igualdad que según su autor representa el núcleo de la justicia. En síntesis, la fórmula es con la que “se puede negar la validez de las leyes tremadamente injustas”. Este es el núcleo fundamental del principio de justicia universal.

De acuerdo con lo anterior, ¿la fórmula de Radbruch debe aplicarse al caso?, ¿qué tan justa es la muerte de estas personas sin importar lo que diga la ley? Quienes debían cumplir estas normas tenían la obligación de sopesar la situación, tomar la decisión más adecuada para la situación, no es lógico o justo, que la ley que debe ser la protección en todos los aspectos, ultraje a las personas y vulnere entonces sus derechos poniendo en peligro a la sociedad. Es por eso que la ley manifiestamente injusta no puede ser considerada como válida y no puede seguirse.

Después del análisis del tribunal, los guardianes del muro y sus superiores fueron condenados, dado que estos conocían la situación y contrario al deber ser,

apoyaron las medidas de sus subalternos e incluso los premiaron. Es importante aclarar que el análisis que se hizo se basó en las normas de la época: los acusados tienen derecho a que la norma con la que se les investigue y posteriormente condene, sea la vigente en la época de cometido el ilícito. Luego de estudiar la norma se concluyó que ni siquiera la norma federal que los autorizaba, les permitía actuar de esa forma. Incluso la ley que limitaba el paso por el muro, consideraba que antes de usar la extrema violencia se tenían que seguir otros pasos como avisar al sujeto o inmovilizarlo sin llegar a matarlo y luego de que nada de lo anterior funcionara evaluar la necesidad de la muerte del individuo.

Para entender los delitos que se investigan en el PJU se definirán según varias fuentes.

## 2. Fuentes

Según la Real Academia Española (RAE, 2014) “el genocidio es el exterminio o eliminación sistemática de un grupo humano por motivo de raza, etnia, religión, política o nacionalidad”.

### Genocidio

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. (Corte Penal Internacional, 1998)

El genocidio, en derecho internacional, crimen de destruir o cometer conspiración para aniquilar y exterminar de forma premeditada y sistemática un grupo nacional, étnico, racial o religioso. (ONU, 1948)

Por crimen contra la humanidad o crimen de lesa humanidad se entienden, a los efectos del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobada en julio de 1998, diferentes tipos de actos inhumanos graves cuando reúnan dos requisitos: “La comisión como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de dicho ataque” (Bassiouni, 1992).

## Crímenes de lesa humanidad

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de *apartheid*; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. (Corte Penal Internacional, 1998)

El Estatuto de Roma contiene una parte del PJU, pues existen con anterioridad convenios que lo vislumbran, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (9 de diciembre de 1948), la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (26 de noviembre de 1968) y los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad (3 de diciembre de 1973).

Existen varias definiciones del PJU, pero para efectos de unificación se tomará la dada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, que lo define como “un principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima” (CICR, 2006).

Los principios de Princeton sobre PJU permiten su estudio dinámico a lo largo del tiempo. Son un bloque de 14 principios, que orientan la estructura del PJU (ONU, 2001):

## Los Principios de Princeton sobre la Justicia Universal

- Principio 1. Fundamentos de la justicia universal
- Principio 2. Delitos graves de derecho internacional

Fines de los principios, los delitos graves de derecho internacional comprenderán: 1) la piratería, 2) la esclavitud, 3) los crímenes de guerra, 4) los crímenes contra la paz, 5) los crímenes de lesa humanidad, 6) el genocidio y 7) la tortura.

- Principio 3. Invocación de la justicia universal en ausencia de legislación nacional
- Principio 4. Obligación de propiciar la imputación de responsabilidad
- Principio 5. Inmunidades
- Principio 6. Prescripción
- Principio 7. Amnistías
- Principio 8. Resolución de conflictos entre las jurisdicciones nacionales
- Principio 9. El principio de *non bis in ídem* o prohibición del segundo procesamiento por el mismo delito
- Principio 10. Fundamentos para denegar la extradición
- Principio 11. Sanción de legislación nacional
- Principio 12. Inclusión de la justicia universal en futuros tratados
- Principio 13. Afianzamiento de la imputación de responsabilidad y justicia universal
- Principio 14. Arreglo de controversias

Estos principios han sido utilizados en los países para crear la regulación interna que establece el PJU puesto que son aceptados mundialmente, tal como sucede con el Estado español que en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consagra:

Artículo 23.4:

(...) Igualmente, será competente la justicia española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

- El procedimiento se dirija contra un español.
- La víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:

- El procedimiento se dirija contra un español.
- La víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

- El procedimiento se dirija contra un español.

- El procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo.
- El delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España.
- La víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos.
- El delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española.
- El delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España.
- El delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español.
- El delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

O como se evidencia en la Constitución de los Estados Unidos de América en el art. I, sec. 8, cláusula 10 o el Estado Colombiano en el código penal artículo 16, Núm. 6:

**Artículo 16. Extraterritorialidad.** La ley penal colombiana se aplicará:

- (...)6. Al extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero, siempre que se reúnan estas condiciones:
- a) Que se halle en territorio colombiano;
  - b) Que el delito tenga señalada en Colombia pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres (3) años;
  - c) Que no se trate de delito político, y
  - d) Que solicitada la extradición no hubiere sido concedida por el gobierno colombiano. Cuando la extradición no fuere aceptada habrá lugar a proceso penal.

En el caso a que se refiere el presente numeral no se procederá sino mediante querella o petición del Procurador General de la Nación y siempre que no hubiere sido juzgado en el exterior. (Congreso de la República, 2000)

La extraterritorialidad de la ley consiste en la validez que se confiere a esa norma dentro de un ordenamiento jurídico distinto al que ella integra. Teniendo en cuenta que todo ordenamiento jurídico-político se estructura sobre la base de un determinado territorio, la expresa o consuetudinaria validación de una norma que pertenezca a determinado ordenamiento, implica de suyo extender el ámbito espacial de validez de esa norma, es decir, concederle extraterritorialidad. (Corte Constitucional, 1993)

Este es un ejemplo ficticio de extraterritorialidad de la ley: un nacional español persigue y asesina a un grupo de familias judías en España por un determinado tiempo, razón por la cual está siendo investigado en este país por cometer este delito. El español decide dejar el país y quedarse a vivir en Alemania. En este ejemplo Alemania está facultada para investigar y posteriormente juzgar a este individuo, toda vez que este delito encuadra en los que se categorizan como ofensa a toda la humanidad.

Estos Estados utilizados como ejemplo son la muestra de que este principio aplica en todos los continentes, con fundamentos de índole distinta, pero con la misma finalidad.

La naturaleza del delito se modifica según cada Estado en el que es objeto de estudio como bien se explica a continuación:

[...]los delitos sometidos a la justicia universal se dirigen contra intereses vitales de la comunidad internacional y, en consecuencia, contra el orden jurídico internacional (Alemania, Croacia, España). La justicia universal se ejerce para perseguir y castigar los actos más odiosos con arreglo al Derecho internacional (Hungria). El Estado que ejerce la justicia universal no actúa en su propio interés, sino en nombre de la comunidad internacional en su conjunto, de modo equivalente al concepto romano de *actio populares*. (Bassiouni, 2001, p. 88)

“El Estado interviene como agente de la comunidad internacional al perseguir los crímenes internacionales, porque como miembro de esa comunidad tiene un interés en la preservación del orden mundial” (Blanco, 2008, pp. 101-145).

Los principios de Princeton hacen referencia a unos delitos graves: 1) la piratería, 2) la esclavitud, 3) los crímenes de guerra, 4) los crímenes contra la paz, 5) los crímenes de lesa humanidad, 6) el genocidio y 7) la tortura.

Aunque estos delitos son en principio los únicos de aplicación del PJU, en España utilizan también el terrorismo y el narcotráfico, que se han convertido en habituales en la sociedad y de trascendencia mundial. Por regla general las personas que cometan este tipo de delitos realizan otros de los enunciados anteriormente por su naturaleza, como un medio para el fin.

El terrorismo es la dominación por medio del terror; el control que se busca a partir de actos violentos cuyo fin es infundir miedo. El terrorismo, por tanto, busca coaccionar y presionar a los gobiernos o a la sociedad en general para imponer sus reclamos y proclamas.

Por otro lado, el narcotráfico es considerado como el comercio ilegal de drogas tóxicas en grandes cantidades. El proceso (que comienza con el cultivo de las sustancias, sigue con la producción y finaliza con la distribución y la venta) suele ser realizado por diversas organizaciones ilícitas (denominadas *carteles*) que se especializan en distintos eslabones de la cadena.

Los grupos más grandes dedicados al narcotráfico suelen tener presencia internacional y ostentan un poder similar al de un gobierno. Sus integrantes cuentan con peligrosos armamentos y sus líderes manejan inmensas sumas de dinero.

Estos fenómenos sociales destruyen de diferentes formas a la humanidad y es por esta razón que es un delito que debe y tiene que ser investigado y juzgado por todos los Estados.

### **3. Casos de aplicación del principio de justicia universal**

Los casos más característicos en los que se ha aplicado el PJU son:

- Persecución en España de crímenes de genocidio, torturas y terrorismo cometidos durante la Dictadura Militar en Chile (Caso Pinochet) ([huamnarios.net](http://huamnarios.net), 1998)

Augusto José Pinochet Ugarte accede al gobierno de Chile tras el Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973 por el que se derroca al Presidente democráticamente elegido Salvador Allende, abriendo un periodo de represión y dictadura militar con numerosas violaciones de los derechos humanos y miles de ejecutados y desaparecidos.

Pinochet resulta posteriormente procesado en España, en 1998, por delitos de genocidio, terrorismo y tortura, declarándose la competencia de la justicia española en virtud del principio de justicia universal.

Como consecuencia de su procesamiento, es detenido en Londres y solo logra evitar su extradición por motivos médicos. De esta forma, y aunque finalmente se libra de ser juzgado, pesa sobre Pinochet el reproche de la comunidad internacional y si se libra de ser juzgado, es por motivos médicos y no por ser considerado inocente de los graves delitos por los que fue procesado. (derechoshumanos.net, s. f.)

- Persecución en España, Italia, Francia y Alemania de crímenes de genocidio, torturas y terrorismo cometidos durante la dictadura militar en Argentina.
- Caso Eichmann: (A-G Israel vs. Eichmann, 1968). Después de la Segunda Guerra Mundial el criminal de guerra nazi Adolf Eichmann huyó de Austria hacia la Argentina en donde vivió bajo el nombre de Ricardo Klement. En mayo de 1960, agentes del servicio de seguridad israelita atraparon a Eichmann en la Argentina y lo llevaron a Jerusalén para enjuiciarlo en una corte israelí. Eichmann declaró desde una cabina de cristal a prueba de balas.

El procurador general de Israel, Gideon Hausner, firmó una acusación contra Eichmann por 15 cargos, incluyendo crímenes contra la gente judía y crímenes contra la humanidad.<sup>1</sup>

- La sentencia de 11 de julio de 1996 del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya (Bosnia vs. República Federal de Yugoslavia, 1996) reconoció expresamente el derecho de los Estados a ejercer la justicia universal en materia de genocidio.<sup>2</sup>

Finalmente se observa que, en fallo de 11 de julio de 1996, relativo a las excepciones preliminares opuestas por la República Federativa de Yugoslavia, llegó a la conclusión de que ambas partes estaban obligadas por la Convención cuando se presentó la demanda. En la parte dispositiva de su fallo la Corte, luego de rechazar las excepciones preliminares opuestas por la República Federativa de Yugoslavia, decidió que “sobre la base del artículo IX de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, tiene competencia para conocer de la controversia”

1 A-G Israel vs. Eichmann (1968) 36 ILR 5 (Tribunal Distrital de Jerusalén). La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 29 de mayo de 1962: A-G Israel v. Eichmann (1968) 36 ILR 277 (Corte Suprema de Israel)

2 Países Bajos. 11 de julio de 1996 del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya (caso Bosnia vs. República Federal de Yugoslavia)

y que “la demanda presentada por la República de Bosnia y Herzegovina el 20 de marzo de 1993 era admisible”. (Naciones Unidas, 2010)

- La sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania del 12 de diciembre de 2000, ya citada, afirma que el genocidio es la violación más grave de los derechos humanos, el caso clásico para la aplicación del principio de universalidad, que tiene como función posibilitar la persecución, sin lagunas de impunidad, de los crímenes contra los bienes jurídicos más importantes de la Comunidad Internacional.
- La reciente sentencia del Tribunal Supremo de Bélgica (Cour de Cassation de Belgique) del 12 de febrero de 2003, citada en la resolución mayoritaria (caso Sharon y otros) ratifica el ejercicio de la justicia universal sobre delitos de genocidio, conforme a lo establecido en la Ley belga de 16 de julio de 1993, reformada por la del 10 de febrero de 1999, que establece una regulación similar a la prevenida en el art. 23.4 de nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Califica el genocidio como crimen de derecho internacional, y afirma la competencia de los tribunales belgas para el enjuiciamiento de dichos crímenes, “cualquiera que sea el lugar donde se hubieran cometido”, resaltando que su persecución penal “no exige la presencia del inculpado en territorio belga”.
- La sentencia del Tribunal Supremo francés (Cour de Cassation), solicitud de extradicción (1972), en el caso Klaus Barbie estableció que los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles y pueden ser objeto de un procedimiento judicial en Francia, cualquiera que haya sido la fecha o el lugar de comisión. Esta incriminación pertenece a un orden represivo internacional, al que Francia ha adherido, y al que la noción de frontera le resulta ajena.
- La sentencia del Tribunal de apelación de la Cámara de los Lores, del Reino Unido, dictada el 24 de marzo de 1999, en el caso Pinochet, 1999, recuerda que el derecho internacional estipula que los crímenes de *ius cogens*, entre ellos el genocidio, pueden ser penados por cualquier Estado, porque los criminales son enemigos comunes de toda la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su aprehensión y persecución.

Aunque este principio es de aplicación mundial, existen detractores que argumentan que es contradictorio, en cuanto a un análisis sobre los derechos humanos, puesto que es violatorio de la dignidad humana y en muchos casos se utilizan métodos arbitrarios para su persecución y posterior captura, ya que a primera vista no es muy coherente buscar justicia arrebatando un juicio legal entendiéndose a los ojos del debido proceso.

El PJU es una forma expedita de mantener la impunidad fuera de la perspectiva mundial; es, sin duda alguna, un método útil, pero, como es sabido, en cada gran procedimiento siempre existe una falla, en este caso no es muy difícil encontrarla. Al aplicar el PJU, no existen realmente formas de limitación a excepción, claro, de que la persona que se investigue debe encontrarse en el territorio que pretende juzgarlo. ¿Pero es suficiente? Considerando los casos de aplicación efectiva del PJU, *a priori* el principio de la dignidad humana podría ser un damnificado, ya que los individuos que se encargan de la ejecución obvian este talante tan importante, ante los investigados por un delito, aunque no se desconoce que su finalidad es que no exista la impunidad por delitos tan graves que son los que incumben al PJU.

El caso Eichmann devela que en el interés ciego de condenar a quien comete un ilícito, los Estados que persiguen dejan de lado la razón fundamental, esto es, en resumen, que quienes ofenden con su ilicitud a la humanidad no queden impunes. Pero ¿hasta qué punto los Estados son agresores de estos individuos al vulnerar sus derechos humanos, como personas, como parte de la sociedad?

Teniendo en cuenta lo anterior se debe entender la política criminal puesto que esta explica cómo se debe juzgar un presunto criminal. La teoría del delito contempla que, para imputar una conducta punible a un individuo, este debe ser imputable. En la ley colombiana no se define la imputabilidad, pero se tiene una referencia negativa, es decir, el Código Penal colombiano dice lo que no es para que se entienda su significado. Léase el artículo 33 de la Ley 599 de 2000:

Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. Texto subrayado declarado exequible condicionadamente por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 2002.

No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. (Congreso de la República, 2000)

Este artículo del Código Penal colombiano, en teoría, es el único que excluiría a una persona de ser condenada por cometer un ilícito, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 599 de 2000, que establece las causales de ausencia de responsabilidad penal. Si la conducta de una persona encuadra en este estadio tendrá subrogados penales, que derivarán en la dosificación de la pena o en ocasiones se le podrá eximir de responsabilidad penal por la realización de la conducta.

El principio número 5 de los Principios de Princeton se puede considerar como la guía para el PJU y se refiere a la inmunidad. En varios Estados *per se* no es una inimputabilidad en un individuo, pero sí otorga la facultad a quienes la tienen de no ser juzgados por ciertos crímenes o también puede ser usado como un eximiente de responsabilidad. La inmunidad puede ser diplomática o parlamentaria, según al Estado al que se haga referencia, también puede ser una salida fácil de un conflicto legal, pues se tiene la protección estatal, caso similar al de los guardianes del muro de Berlín.

La inmunidad diplomática es: “La condición atribuida a las misiones, agentes, lugares o bienes que los exime de sometimiento a la justicia local, en los aspectos expresamente señalados en las Convenciones de Viena de 1961 y 1963” (Cancillería, 2012). Esta inmunidad se extiende en algunos casos a los familiares directos, pues las personas del “común” están ante una desventaja manifiesta frente a las personas que tienen esta inmunidad, claro está fundamentada en:

[...]la necesidad de que los órganos diplomáticos encargados de las relaciones internacionales gozen de todas las facilidades para el desarrollo eficaz, libre, independiente y seguro de sus funciones. En todo caso, ello no excluye la obligación de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. (Cancillería, 2012)

La descripción anterior se conoce como la inmunidad referente a un diplomático que viaja a otro Estado en misión del suyo con el cobijo completo de este, pero no necesariamente goza de esta inmunidad en su país natal. El otro tipo de inmunidad es la referente a los dirigentes que estando en un país foráneo y en su país de origen gozan de protección preferente y por lo tanto una forma de juzgarlos muy diferente al resto de la comunidad, esta última clase de inmunidad es en esencia a lo que responde el PJU, pues los dignatarios que gozan de este “permiso” para cometer contravenciones específicas que, en el entender del país son necesarias para cumplir con las funciones propias de su cargo, resultando en que utilizan este poder de formas negativas. Casos actuales y de importancia internacional de presidentes que violan derechos humanos porque consideren que tienen autorización y es entonces primordial tomar ciertas medidas para que no se vea afectado su mandato. Dentro de los más evidentes y que han logrado desestructurar a sus países por el abuso se encuentran los casos del presidente Hugo Chávez en Venezuela o del presidente Nicolás Maduro en el mismo país. La inmunidad que estos dirigentes disfrutan es casi absoluta, ya que al terminar su mandato seguirían gozando de esta. Solo en el caso de la Corte Penal Internacional esta no aplicaría, según lo indica el Estatuto de Roma en el artículo 27.

La inmunidad “es definida como las prerrogativas que el Estado receptor reconoce a los agentes diplomáticos a fin de que puedan desempeñar su función” (Diccionario Jurídico, 1994). La inmunidad diplomática es un beneficio del que pocas personas gozan en la sociedad en el contexto internacional, pero este grupo selecto que obtiene la inmunidad aprovecha la situación. Es válido considerar que el PJU persigue que estos individuos de la sociedad que utilizan un manto para no ser enjuiciados por crímenes graves lo pierdan o no puedan recurrir a esta protección.

De acuerdo con lo anterior surge la pregunta: ¿Cuál es límite real de la inmunidad diplomática tratándose de jefes de Estado? En rigor, la inmunidad se gobierna por el *par in parem non habet imperium*, según el cual no existe justicia entre iguales, afianzando el principio de igualdad soberana de los Estados. Es por eso que cuando el gobierno delega una misión a uno de sus diplomáticos se le conceden permisos para que esta se haga de la forma más adecuada, pero en cuanto regrese a su país de origen y termine satisfactoriamente la misión, la inmunidad ya no es válida y en caso de cometer un delito común será juzgado como un ciudadano cualquiera. Tan limitada es esta clase de inmunidad que sus familiares no siempre están amparados por ella, pero en el caso de los jefes de Estado estos gozan de la inmunidad en su territorio y especialmente en tierra extranjera, por lo que si uno de ellos comete un delito común no es enjuiciado por este como los demás ciudadanos, en el entendido de que el jefe de gobierno en algunos casos debe tomar medidas extremas para mantener el orden público y la soberanía; sin embargo, en Colombia donde el presidente es el jefe de gobierno y el jefe de Estado, el mandatario propone los límites de la inmunidad, además de no tener una opción política real para revocar el mandato dado a este por la sociedad, esta inmunidad no solo parece arbitraria sino exagerada, toda vez que se extiende a los exjefes de Estado. Esta clase de inmunidad tan general y abstracta debe tener alguna clase de limitante, en este caso la solución ideal a esta problemática es el PJU.

## CONCLUSIONES

### Contexto internacional del principio de justicia universal

El PJU es un principio que busca que la justicia sea real; sin embargo, en su aplicación se pueden olvidar ciertos derechos y principios que son considerados fundamentales en el proceso penal, tales como el debido proceso y la legalidad. Los detractores del PJU dirigen su crítica a la violación de los derechos fundamentales anteriormente enunciados, puesto que como se analizó en ejemplos anteriores tiene su razón de ser, pero nuevamente se exhorta a analizar la fórmula de Radbruch para entender que si bien *a priori* no se ve como algo legal es lo

realmente justo. Ahora bien, tratándose de la sociedad colombiana, es claro que esta necesita un cambio de paradigma judicial, es necesario observar con una nueva perspectiva la problemática real del país, para que de esta forma se evidencie una aplicación real de justicia.

Según lo explicado, en Colombia es perfectamente aplicable el principio de justicia universal solo que se deben cumplir algunas condiciones para que este sea ajustable, entre ellas, la que se presenta como un limitante evidente es que para que se aplique el PJU en Colombia este caso no debió ser juzgado en el país de origen para no extralimitarse en sus funciones. Esto con el fin de que la soberanía no se vea afectada en ningún momento. El problema radica en que si bien fue juzgado o investigado y el resultado fue absolver o archivar las diligencias, se podría pensar en una falacia para las víctimas y para el sistema judicial. Cuando es evidente que la persona acusada cometió esos crímenes, que ofenden a la humanidad, una sentencia de este tipo cuando se produce por no existir la intención de un juez de tomar medidas, resulta en una falta de respeto para la humanidad misma. Se observan juicios en los que las personas involucradas por ostentar una clase de poder en su país obstruyen con su control la correcta administración de justicia, por lo que es lógico que se aplique el PJU en otro país.

Ahora bien, países que aplican este principio lo tienen como derrotero y es su deber hacerlo. Entre ellos se encuentra Colombia; de hecho, se ha comprometido con los tratados aprobados y ratificados, pero la realidad es otra, debido a los obstáculos que existen en la administración de justicia en Colombia, la aplicación no es efectiva. De manera que, el requisito principal para la aplicación del PJU, consiste en que el país en el que se cometió el ilícito no pueda, no quiera o no tenga la capacidad para hacer el juicio y obtener como resultado una sentencia justa y concordante por los hechos ocurridos jurídicamente relevantes.

Por lo anterior, aunque Colombia se comprometió a aplicar los tratados internacionales como el estatuto de Roma o la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en los que Colombia, no es viable hacerlo porque los casos vigentes en el país demuestran que este no quiere, no puede o no tiene la capacidad para juzgar los crímenes relativos al PJU. En consecuencia, los casos relativos a crímenes de lesa humanidad en Colombia tienen vocación de ser perseguidos por los países que aplican el pju.

## Contexto nacional del PJU

No obstante lo anterior, en Colombia existe una figura que protege la justicia real de cada proceso: se trata de la acción de tutela ante providencias judiciales, que consiste en que, si bien un proceso se llevó a cabo aparentemente bajo la

legalidad, de forma excepcional su ejercicio es viable como mecanismo subsidiario y preferente de defensa judicial, cuando de la actuación judicial se deriva la violación o amenaza de un derecho fundamental.

A este respecto la Corte Constitucional estableció una guía para tener en cuenta la aplicación en la Sentencia C-590 de 2005 de la que cabe resaltar lo siguiente:

[...]el supuesto de hecho que daba lugar a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales se configuraba cuando la actuación judicial incurría en una desviación de tal magnitud que el acto proferido no merecía la denominación de providencia judicial, pues había sido despojada de dicha calidad. (Ámbito Jurídico, 2015)

Los requisitos necesarios para que sea procedente la acción de tutela ante providencias judiciales son:

1. Cuando el asunto tenga relevancia constitucional.
2. Cuando el interesado haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela.
3. Cuando la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
4. En caso de tratarse de una irregularidad procesal, cuando esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta lesiva de los derechos fundamentales.
5. Cuando el accionante identifique, de forma razonable, los yerros de la autoridad judicial que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible.
6. Cuando el fallo impugnado no sea de tutela.

Requisitos unificados en la Sentencia SU-297 de 2015, Magistrado ponente Luis Guillermo Guerrero (Ámbito Jurídico, 2015).

Por lo anterior, aunque en Colombia no existe un proceso judicial en el que se pueda observar la persecución y juzgamiento de un autor de los crímenes que afectan a toda la humanidad, se observa la aplicación de la fórmula Radbruch, la que en esencia busca eliminar la normatividad que es abiertamente injusta, el cual es el fundamento del PJU.

## REFERENCIAS

- A-G Israel vs. Eichmann, ILR 277 (Tribunal Distrital de Jerusalén 29 de mayo de 1968).
- Ámbito Jurídico. (2015). *Estos requisitos permiten procedencia de la nación*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administrativo-y-contratacion/estos-requisitos-permiten-procedencia-de-la-accion>
- Bassioni, M. C. (2001). Universal Jurisdiction for international crimes. *Virginia Journal of International Law*, 62.
- Blanco, I. (2008). Revue Internationale de droit pénal. *ERES*, 101-145.
- Bosnia vs. República Federal de Yugoslavia. (Tribunal internacional de Justicia de la Haya 11 de julio de 1996).
- Cancillería. (03 de septiembre de 2012). *Privilegio e inmunidades*. Recuperado de: [http://www.cancilleria.gov.co/ministry/the\\_ministry/protocol/privileges](http://www.cancilleria.gov.co/ministry/the_ministry/protocol/privileges)
- Congreso de Colombia. (24 de julio 2000). Ley 599: por la cual se expide el Código Penal. *DO 44.097*.
- Corte Constitucional. (7 de febrero de 1993). *Sentencia C-171*. [M. P. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional. (13 de septiembre de 2000). *Sentencia C-1189*. [M. P. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (26 de septiembre de 2005). *Sentencia C-979*. [M. P. Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional. (21 de mayo de 2015). *Sentencia SU-297*. [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Corte Constitucional. (8 de junio de 2015). *Sentencia C-590*. [M. P. Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Suprema de Justicia. Proceso N.º 16724, 2/08/2001.
- Corte Suprema de Justicia. Proceso N.º 27650, 28/11/2007.

- derechoshumanos.net (2000). *Casos de aplicación efectiva del Principio de Jurisdicción Universal. Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania.* Recuperado de <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/justiciauniversal-ejemplos.htm>
- derechoshumanos.net (2003). *Casos de aplicación efectiva del Principio de Jurisdicción Universal. Tribunal Supremo de Bélgica.* Recuperado de <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/justiciauniversal-ejemplos.htm>
- derechoshumanos.net (1998). *Caso Pinochet.* Recuperado de <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/pinochet/pinochet.htm>
- derechoshumanos.net (1972). *Solicitud de extradición. Tribunal Supremo Francés.*
- Fierro, J. (2007). *Ley penal y derecho internacional.* Buenos Aires: Astrea.
- González, J. (2010). *El principio de Justicia Universal.* Bogotá: Ibáñez.
- Huertas, O. T. (2012). *El principio de justicia o justicia universal.* Bogotá: Ibáñez.
- Mexicano, D. J. (1994). *Inmunidad diplomática.* México: Diccionario México.
- Nijhoff, M. (1992). *Crimes against Humanity in International Criminal Law.* Chile: Bassiouni.
- ONU. (1948). *Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio,* 96. Nueva York: Autor.
- ONU. (1998). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.*
- ONU. (2001). *Principios de Princeton, A/56/677.*
- ONU. (2010). *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia.* Nueva York: Autor.
- Philippe, X. (2006). Los principios de Justicia Universal y complementariedad: su interconexión. *International Review of the Red Cross,* 3-4.
- Radbruch, G. (2010). *Introducción a la filosofía del derecho.* México: Breviarios.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Real Academia.* Madrid: Autor.

Robert, A. (2000). *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*. Kiel: Universidad de Kiel.

Sánchez, Á. (2004). *Justicia Universal penal y derecho internacional*. Valencia: 2004.



# Una idea de justicia: Estado, Democracia y Participación

## An idea of justice: Estado, Democracia y Participación

Cruz Cubillos, Daniel Fernando\*, Silva Vargas, Sergio Alejandro\*\*  
y Valderrama Arciniegas David\*\*\*

---

Fecha de recepción: 22 de julio de 2019

Fecha de aceptación: 11 de agosto de 2020

---

### RESUMEN

Durante los últimos doscientos treinta años, el concepto de las libertades individuales equitativas y de justicia ha girado en torno a un paradigma liberal, resultado de un proceso interactivo entre distintos paradigmas a lo largo de la historia del Estado, que se impusieron como facultades propias de clases sociales y luego se configuraron como “límites al poder” en favor de una perspectiva social newtoniana (Marquardt, 2012). Desde esa perspectiva, distintos debates respecto a los derechos humanos han modelado teorías sobre cómo interpretar las luchas de los derechos en sociedades “democráticas liberales”, y estos han desarrollado teorías hiperliberales sobre la justicia internacional y la inevitable globalización que se buscarán criticar en este artículo.

**Palabras clave:** derechos, Estado, poder, posliberalismo, posindividualismo.

### ABSTRACT

During the last two hundred and thirty years, the concept of equitable individual freedoms and justice have turned in late to a liberal paradigm, which is the result of an interactive process between different paradigms throughout the history of the State that they were imposed as attributions of social classes and were then configured as “limits to power” in favour of a Newtonian social perspective. Under this perspective, different debates on human rights have shaped theories about how to interpret rights in the struggles within democratic liberal based societies. These struggles have developed hiperliberales theories about international justice and of the inevitable globalization which will be checked for criticising in this article.

**Keywords:** rights, State, power, post-liberal, post-individualist.

\* Estudiante de sexta matrícula asociado a la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia en Bogotá. Correo electrónico: dacruz@unal.edu.co

\*\* Estudiante de sexta matrícula asociado a la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia en Bogotá. Correo electrónico: sesilvav@unal.edu.co

\*\*\* Estudiante de sexta matrícula asociado a la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia en Bogotá. Correo electrónico: davalderrama@unal.edu.co

## 1. JUSTICIA COMO MECANISMO HOLÍSTICO DEL INTERÉS DEL DEMOS PARTICULAR, NO INTERNACIONAL

Es complejo intentar globalizar un concepto de justicia que sea adherible y no tenga injerencia en las tradiciones constitucionales y axiológicas de cada *demos*. En la creación misma del pacto para la protección de los derechos humanos de 1948 existió un gran debate sobre qué tipo de derechos formarían parte del eje central del pacto, ya que para las naciones democráticas liberales, era fundamental garantizar derechos civiles y políticos a los ciudadanos, mientras que para las democracias populares, los derechos sociales y económicos eran aún más importantes (Roosevelt, 1948). Afirmar quién tenía la razón es muy controversial; sin embargo, las consecuencias del régimen totalitario que atacaban fervorosamente las naciones democráticas liberales en las primeras sesiones de la jovial Organización de Naciones Unidas para desvirtuar las sugerencias de las democracias populares, estaban marcadas en su historia, en el consumado *apartheid* segregacionista de fundamentos histórico-sociales muy evidentes (Douglass, 1852). El Bloque Occidental (Estados Unidos, Francia, Reino Unido) (Truth, 1851), aún perseguía al gran ejemplo de “democracia liberal” para el periodo entreguerras (1919-1939) y la guerra fría (1949-1991). Entonces, ¿quiénes serían los beneficiados de la libertad respaldada por los derechos civiles y económicos defendidos por Occidente? Muy probablemente las personas que pudiesen acceder al poder mediante el reconocimiento del Estado. De ser así, no existiría una gran diferencia entre la dictadura propuesta por los líderes populares orientales (Lenin, 1919) y las democracias liberales, porque en ambos casos existiría un sistema gubernamental excluyente según ciertas características.

Con todo, el discurso global sobre los derechos humanos y de la inviolabilidad de unas libertades naturales inherentes, propuesto por la teoría liberal estadounidense, triunfó. De esta manera, se quiso crear una justicia neoliberal de los derechos humanos en términos supraestatales. Ahora bien, suponiendo que un mercado global pudiese garantizar mecanismos reales de protección y garantía de unos derechos construidos en el consenso, se establecería como consecuencia una violencia sobre la soberanía y la autonomía de los Estados para definir sus dimensiones legalistas. En estos términos, es importante resaltar que no todas las naciones tienen una tradición iusfundamentalista ni la expresión cultural de ellas está enfocada en proteger un núcleo de libertades liberales, verbigracia, naciones sin modelo democrático que emplean mecanismos de protección de derechos sino que tienen una tradición propia y unas dinámicas de mercado internas autárquicas que no necesitan de una interacción externa para definir unos derechos y deberes correspondientes de la ciudadanía.

Los regímenes fuertes son un claro ejemplo de protecciónismo iusfundamentalista, pues el Estado, en el sentido positivo de la ley, otorga unos deberes ciudadanos e implícitamente derechos que son compatibles con su ideología; si bien existe un mercado regional de derechos bajo el totalitarismo como la herencia ideológica del extremismo y del estatismo, los fundamentos de las leyes básicas de los Estados fuertes están desligados de un efectivo mercado internacional con tenues ratificaciones de tratados en la Modernidad.

Por otra parte, los derechos humanos como construcción histórica y como núcleo fundamental del discurso del “Estado social de derecho” suelen tener fundamentaciones distintas. El caso que propone Petersmann (2003) es un claro ejemplo del modelo individualista que Fioravanti define como una lucha por el ordenamiento progresivo del derecho en un sentido individualista y antiestamentalista (Maurizio, 1996, p. 36). Son unas libertades edificadas en la capacidad ilimitada, y del sometimiento del Estado a las máximas individuales y, por tanto, del mercado, a unos intereses *nihil obstat*. Para ello, se debe reconsiderar el orden moderno de las dinámicas políticas y económicas regidas por una justicia como sistema de valores liberales. Pero, ¿realmente la justicia, vista de esa manera, puede ser un mecanismo de garantía y transparencia respecto a los intereses de la comunidad de las naciones de manera particular sin violar la soberanía ideológica de los Estados?

## 2. EL NÚCLEO FUNDANTE DE UNA TEORÍA DE JUSTICIA POSINDIVIDUALISTA

Quizás uno de los puntos más debatibles a la hora de proponer la estructuración de una teoría que propugna por la transición del Estado de naturaleza hobbesiano hacia un proyecto utilitarista con unos órdenes máximos constitucionales abstractos de justicia y paz fuertemente influenciados por las tradiciones y la recuperación de la identidad nacional, se gestan como una imperiosa necesidad de defender los procesos culturales particulares de las naciones y los reclamos correspondientes a los deberes del Estado sobre el territorio y sus ciudadanos.

El proceso histórico de imposición del liberalismo se dio en una lógica ilegítima de unidad, pues la ciudadanía en las revoluciones liberales, nunca reconoció la legitimidad del poder político y el proyecto de Estado que estos demandaban para sí (Asúnsolo, 2015). Para ello, el Estado, que tiene como deber la concentración efectiva de los poderes públicos, es responsable directo de los intereses de su población: la protección de los derechos y deberes (Asúnsolo, 2015).

De esta forma, la justicia se instaura como un valor supraconstitucional que está estrechamente ligado con el *ethos* de la comunidad posliberal, y el uso de la

justicia debe ser exclusivamente en beneficio de los fines absolutos propuestos por el Estado; sólo mediante la constitucionalidad y la legalidad aparece la forma necesaria de la libertad, de la propiedad, de la justicia y de la igualdad (Pace, 1989) adecuadas a los fines comunitarios.

### 3. LA NOCIÓN DEL ESTADO DEMOCRATICO Y PARTICIPATIVO

Dentro del esquema político al que pertenecen los derechos humanos, se edifica la potencia del Estado, que funciona como un mecanismo hegémónico y homogéneo de asignación de deberes y derechos limitados sobre la población, que a través de la ideología (Schmitt, 1994), son legítimas acciones estatales para asignar unos roles como resultado de un proceso de transformación de la política a un estadio posliberal.

La existencia de un Estado democrático y participativo es la única manera de garantizar una asignación correcta de roles, y no la vaga propuesta del Estado liberal reducido que funciona a merced de sus “amos”: la economía liberal esclavizadora y los grupos de presión. Dice Masip de la Rosa (2016) “El estado es resultado del uso de la lógica de la Razón (estatal) a los ámbitos económico y social en la forma de un capitalismo de Estado”. El racionalismo debe suavizarse y buscar con ello el monopolio sobre los derechos humanos en el Estado, que ante las falencias de la coordinación internacional en la materia, es el único capacitado para impulsar políticas públicas sobre estos derechos humanos.

### 4. EL LOCALISMO POR ENCIMA DE LA GLOBALIZACIÓN

Un proceso de globalización se perfila como la expresión mercantil y iusfilosófica de la democracia liberal internacional que tiene como misión permear unos principios meramente invasivos a las dinámicas propias de las naciones. Solo aquellas naciones que comparten cierta simpatía e historia conjunta podrían edificar relaciones en un localismo (De Sousa, 2008, p. 302) especializado con una teoría de justicia posindividualista y posliberal. El objetivo de las sociedades debe estar encaminado a contener la invasión ideológica de las instituciones con el uso de mecanismos que le confieren el poder de acción al mismo pueblo.

En el mundo moderno, no existe una representatividad *ad nutum* equitativa como proclaman las democracias liberales internacionales sino un esquema de poderes jerárquicos: las naciones no gozan de una horizontalidad en sus relaciones internacionales, existe una clara asimetría que no dista demasiado de un colonialismo económico. Los mecanismos supranacionales son representaciones de mera letra muerta y de una eficacia para representar los valores democráticos

alrededor del mundo dejando entrever el renacimiento de la anarquía de la soberanía a costas de la democracia liberal superflua.

## 5. DE LA NECESIDAD DE LA SUFICIENCIA ECONÓMICA INTERNA Y DE LA PRIORIZACIÓN DEL MERCADO INTERNO SOBRE EL INTERNACIONAL

Las organizaciones liberales supranacionales carecen de capacidad para representar los intereses de la nación. La autonomía es un elemento inherente de los Estados y en respuesta a la poca solvencia en la práctica de esas organizaciones, la prioridad se reduce a basarse en la provisión necesaria que el Estado está en capacidad de solventar. El mercado internacional atiende los intereses del mercado guiado por la libertad individual de los grupos de presión, pero ello no implica que la libertad en el mercado constituya una garantía para estos grupos que a su vez dependen del Estado.

La libertad es un elemento básico, es solo un componente que detona los demás derechos subsidiarios; no obstante, ante la necesidad de mostrar resultados en sentido social, el Estado hace lo que esté a su alcance, y en este orden de ideas impera la necesidad de autodeterminarse en un sentido regulatorio de la libertad, de tal manera que la búsqueda de los resultados en el bienestar social no menoscaben la libertad de unos individuos por otros. El mercado interno se convierte en una expresión de la autonomía del colectivo que se regula en función de iguales condiciones; así, priman los intereses del colectivo sobre el individuo.

## 6. LA DINÁMICA DE PRIORIZAR FINES CONCRETOS SOBRE MEDIOS PARA ALCANZARLOS

El preguntarse por el rumbo que toman las obligaciones de los derechos humanos en este momento ratifica la necesidad de una claridad y un camino hacia una configuración del mercado internacional. Si bien los derechos se entienden en forma de garantías cotidianamente, la falsedad de esto es ineludible; *a priori* se advierte la existencia de un uso utilitarista de los derechos para la justificación del Estado. Asimismo el proyecto liberal en clave homogeneizadora es una herramienta con un alcance metodológico digno para la restricción de la autonomía. El fin social del Estado liberal se comporta ambiguamente, por ejemplo, por un lado “integra verticalmente los derechos de los indígenas al discurso homogeneizador del liberalismo” (Güiza y Santamaría, 2016, p. 254), pero al mismo tiempo está organizado a fin de excluir a las minorías en función de un acceso lleno de requisitos y cercanos a la injusticia. Es pues, menester, apartarse de la ambigüedad que surge a raíz de dar garantías por diferentes

modalidades, y la idea conlleva a centrarse en la apertura hacia una consolidación del empoderamiento de los derechos no en el sujeto de derechos o individuo sino en el fin de empoderar al sistema en forma de obligaciones legales de los derechos humanos en el mercado, profundizando una estabilización sistémica y garante de justicia. Es así como la justicia no está en los medios que impone el individuo en forma de garantías y principios carentes de sistematicidad sino en los resultados explícitos que propicia el mercado estabilizado sin obstáculo alguno.

## 7. LA DEMOCRACIA MILITANTE QUE ABANDONA SU DIMENSIÓN LIBERAL COMO UN ESTILO DE VIDA POLÍTICA ALTERNATIVO

La vida política en los Estados debe regirse a cabalidad por el *ethos* dominante que dictamina el uso de la teoría de la *wehrhafte* (O'Connell, 2009) para defender el orden estatal de aquellos grupos hostiles al orden legítimo mediante la presión de los poderes públicos para homogeneizar la sociedad posindividualista.

Por otro lado, la implementación de la democracia militante posindividualista tiene como objetivo alcanzar el verdadero interés de la comunidad, ya que en las democracias liberales clásicas se impulsó el estilo de vida de las élites oligárquicas como modelo homogéneo de la sociedad (Marquardt, 2016, pp. 200-202). Para alcanzar la promesa de la variante liberal en la democracia militar, se pretende gestar un pacto entre la sociedad y el gobierno, con el fin de satisfacer los intereses de las mayorías sin afectar en gran medida los derechos de las minorías; por lo que, el Estado posindividualista y posliberal tiene como proyecto final, la realización de un “consenso” entre los actores políticos, que redefina a través del diálogo democrático y sin asimetrías, la instrucción común que permitirá en distintos niveles participativos, acabar con las violencias democráticas, tanto la oligárquica la tiránica.

## 8. DE LA CIUDADANÍA

La ciudadanía dentro de la nación se adquiere mediante la emancipación política (Marx, 1843) de sus habitantes dentro de los límites que el Estado les ofrece a sus habitantes en medio de lo que considera óptimo dentro de los intereses finales proyectados por sí mismo. Los ciudadanos son iguales ante la ley pero socialmente cumplen unos roles propios asignados por el Estado. La ciudadanía no puede entenderse como un privilegio de las élites capitalistas del Estado mínimo liberal, sino como un sistema complejo de cualidades que el individuo posliberal visualiza por medio de deberes y derechos fijos de sus roles sociales. Así, desde un punto de vista historicista, se afirma que las jóvenes repúblicas americanas

trajeron consigo un paquete de derechos que favoreció la libertad del individuo (Guadarrama, 2015). Sin embargo, no se analiza el contexto social en el que se promulgó el paquete de derechos, porque alrededor del 95 % de la población representada por campesinos, indígenas y esclavos liberados era analfabeto. Entonces ¿de qué le servía a la mayoría de la población, el poder leer y escribir libremente si era analfabeto? Para los autores de este artículo, la promulgación del paquete de derechos civiles y políticos obedeció más al capricho de la élite que sostén el poder que a los intereses sociales y económicos de la población mayoritaria. En un Estado fuerte y participativo, la ciudadanía puede utilizar recursos jurídicos especializados para revelar su estatus como tal, y además pugnar por los fines últimos de la comunidad a través de la revisión constitucional (García y Ceballos, 2016, p. 435). El activismo jurídico de la ciudadanía debe estar enfocado a la satisfacción de las carencias de la comunidad y no a egoísmos propios producto de una formación meramente liberal.

## 9. DE LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA ECONOMÍA NACIONAL

El liberalismo clásico demostró ser incapaz mediante sus políticas de libre mercado y autorregulación de la economía, brindar a todos los ciudadanos medidas básicas para su supervivencia. Por eso, es necesario que el Estado democrático y participativo intervenga y planifique la economía, con el fin de otorgar un “mínimo de supervivencia” a todos sus ciudadanos para que puedan acceder a los servicios que necesitan para sobrevivir; así no sería pertinente crear “acciones afirmativas”, ya que en este escenario no existiría la marginación ni la discriminación de algún ciudadano, sino que se le garantizaría la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas como ninguna democracia liberal clásica así lo logró. Además, la intervención está premeditada hacia fines específicos de tal manera que reproducen en la sociedad la noción de desarrollo que el liberalismo clásico no pudo concretar. El bienestar y el desarrollo o potenciación del individuo (Sen, 2000) están en el centro de los objetivos del Estado fuerte y participativo no sin antes entender que la libertad no es un derecho absoluto y cada individuo tiene unos deberes como ciudadano que ninguna potenciación de los individuos se encuentra por encima de las otras. La dinámica se basa en proteger al individuo de los otros individuos en forma de corrección sistemática de la provisión de los derechos.

1 Entendidas como: “Todas aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social”. (Corte Constitucional, 2017).

## 10. NO EXISTEN DERECHOS ABSOLUTOS, LOS DERECHOS SE DEBEN COMPLEMENTAR CON UNOS DEBERES FUERTES

La teoría liberal explícita la existencia de la disposición del individuo para ejercer sus libertades de manera ilimitada y de asociarse en el mercado para maximizar las libertades iguales. El problema de estos derechos es la inminente transgresión hacia terceros que puede cometer el individuo haciendo uso pleno de esta facultad. Se perfila como una necesidad ponerle límites a las libertades individuales cuando se ponen en peligro ciertos bienes jurídicos colectivos. El individuo no puede tener la facultad de destruirse a sí mismo, no puede destruir a las criaturas que están bajo su tutela, y no debe atentar contra los bienes de los demás (Locke, 1689). En este instante entra el Estado posiberal que debe retrotraer esa condición de enfermedad del Estado de naturaleza liberal y asignar unos roles sociales definidos para que no ocurra la transgresión sin una justa causa y sin respaldo del imperio de la ley. La libertad en este sentido está principalmente relacionada con el área de control, no con su fuente. Así como una democracia puede privar al ciudadano individual de las muchas libertades que podría tener en alguna otra forma de sociedad, es perfectamente concebible que un despota permita a sus súbditos una gran medida de libertad personal (Berlín, 1969, pp. 118-172) en la medida en que correspondan con los intereses supraestatales.

El pueblo debe otorgarle al Estado, en contra de la creencia lockeana, la capacidad de balancear los poderes de supervivencia individual proyectados a la comunidad y el monopolio de la justicia (Locke, 1689). Este monopolio del Estado sobre los derechos es tierra fértil para el establecimiento de unos deberes en correspondencia al interés general. Los deberes deben tener un enfoque de maximización del bienestar comunitario, incluso si ello implica la restricción de ciertas libertades individuales. La asociación de individuos para edificar un Estado democrático y participativo está en la necesidad de establecer quién puede decidir, quién puede usar la fuerza y en qué condiciones. Con la posibilidad de reserva para sí, se posee el derecho único de legislar sobre la legitimidad y permisibilidad de cualquier uso de la fuerza dentro de sus límites (Nozick, 1988) amplios.

## 11. DEL FIN DE LAS NACIONES UNIDAS COMO ÓRGANO COACTIVO INTERNACIONAL

Las Naciones Unidas y todo su marco organizativo se consagraron como un acuerdo de paz extensivo y en un escenario tragicómico después de la Segunda Guerra Mundial. Las políticas de injerencia que las Naciones Unidas deben mitigar, quedaron a merced de las potencias globales durante la segunda mitad

del siglo XX, que reforzaron a través de la Doctrina Truman, la Organización Tratado Atlántico Norte, Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y Organización de los Estados Americanos, el ideal capitalista liberal y a través del Tratado de Amistad, Colaboración y Asistencia Mutua y el Consejo de Ayuda Mutua Económica la misión de sovietización del mundo. Ambos hemisferios aplastaron las soberanías nacionales, destruyeron los pilares fundantes de las democracias liberales y las democracias populares, abordaron a las naciones económicas e ideológicamente dependientes como colonias, y desmembraron la identidad nacional de las naciones víctimas. La incompetencia de las Naciones Unidas para mediar conflictos en distintos Estados como un ente imparcial fracasan por la excesiva neutralidad y falsa amistad que manejan, como sucedió en Ruanda (1990-1994) (Naciones Unidas, 2006), Biafra (1967-1970) (Freixa, 2018), Camboya (1979-1989) (Naciones Unidas (1992), Congo (1960-1965) (Naciones Unidas, 2001), Chile (1979-1990) (EFE, 1977), Brasil (1964-1985) (DW, 2014), Argentina (1973-1982) (Russia Today, 2013), Guatemala (1960-1993) (ACNUDH, 2015), entre otros ejemplos en los que los principios “universales” pactados entre las naciones fueron de una materialidad nula. Otra causa de la necesidad de extinción de las Naciones Unidas es la contradicción que existe entre las dinámicas del neoimperialismo enmascarado de democracia liberal, entiéndase, la atribución del derecho de veto a ciertas naciones de manera permanente y que pueden decidir sobre la política mundial sin conocer los procesos políticos, sociales y económicos de aquellas zonas eruptivas del conflicto que resultan en un inevitable imperialismo visto a lo largo del siglo XX: el capitalista y el soviético. Para ello, si se quiere garantizar la independencia del Estado posindividualista y posliberal debe hacerse énfasis en el localismo, sin escalar en regionalismos ni uniones aduaneras, y las relaciones culturales próximas entre naciones, en donde el Estado democrático y participativo aplique los mandatos populares que tengan por fin el bienestar de cada uno de los ciudadanos, sin que medien los intereses de las grandes potencias.

## 12. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) ES UN INSTRUMENTO DE LAS HEGEMONÍAS ECONÓMICAS

¿Es realmente la OMC un foro para que los gobiernos negocien acuerdos comerciales? O ¿un mecanismo internacional para coaccionar a los Estados a unos intereses imperialistas? A continuación se hará un análisis sobre los pilares fundamentales de la organización (OMC, 1995) con respecto a las realidades mercantiles como resultado de “los mercados políticos y económicos” de Petersmann (2003):

1. **No discriminación:** la OMC, en sus 24 años de vida, ha llevado esta máxima liberal a sus negociaciones para garantizar una transparencia que no puede

ser palpable solo haciendo énfasis en las meras negociaciones entre naciones. Los prejuicios nacionales, las verdades nacionales, y el sometimiento del hombre influyen siempre en estas dinámicas mercantiles; y aunque no exista una discriminación directa, existe una carga plasmada en las transacciones mercantiles que no pueden ser depuradas por la propuesta rawlsiana del velo de la ignorancia (Rawls, 1971).

2. **Apertura:** si la OMC procura la eliminación de obstáculos, debería intentar crear canales que faciliten las interacciones económicas entre los países, pero no se muestra a sí misma como una organización que pueda liberar de las ataduras de las cooperaciones internacionales ni de los aranceles, y menos aboga por la protección de la industria nacional. Es un agujero en la dinámica económica que deja entrar ideas imperialistas a las naciones soberanas y las desangra.
3. **Ser previsible y transparente:** es un principio difícil de garantizar. Las empresas, los inversores y los gobiernos de otros países establecerán arbitrariamente obstáculos comerciales para perjudicar, penetrar en las naciones productoras y generar ganancias a la par del establecimiento de monopolios.
4. **Ser más competitivo:** si la libre competencia liberal no es regulada por los Estados de manera autónoma, las situaciones económicas degenerarán en prácticas desleales enfocadas a asegurar la permanencia económica en un sector de la industria, de la empresa extranjera, que a su vez ejerce presiones sobre la política del Estado para perpetuar sus privilegios empresariales, creando el reduccionismo estatal liberal, contrario a la propuesta de Friedman de la no teledirección de la economía desde planes (Friedman, 2017) que incluyen estas interacciones mercantiles.
5. **Ser más beneficioso para los países en desarrollo:** si existe en los principios una división clasista en cuanto a sus miembros, los roles de países productores y transformadores crearán unas dinámicas de sometimiento económico, y simultáneamente se intentará solventar estos problemas por medio de una ética liberal muy flexible y moldeada por la economía liberal, que esclaviza al Estado Nacional (Ulrich, 2015).
6. **Proteger el medio ambiente:** es bastante cuestionable el papel de la OMC cuando las empresas privadas internacionales industriales que buscan el beneficio máximo, adhieran a un principio altruista contrario a las prácticas de maximización de producción y obtención de ganancias que hace imposible el desarrollo sostenible (Elaw, 2015). Principio de prevalencia del interés general en el marco del principio de solidaridad (Corte Constitucional, 2016). En esta medida, el Estado participativo y fuerte debe legislar a favor

del ambiente para asignar unos roles culturales y sociales a sus ciudadanos junto con la coexistencia de la naturaleza (Richmann, 2014). Debe usarse el proteccionismo económico para resguardar el medio ambiente.

## CONCLUSIÓN

Finalmente nos valdremos de puntualizar que es necesario aumentar el poder del Estado para garantizar la asignación efectiva de roles en un término medio en donde se garanticen los fines últimos de la comunidad proyectados por el Estado. A su vez, la legislación nacional debe proteger la omnipotencia del Estado y evitar que grupos económicos nacionales e internacionales se inmiscuyan en las dinámicas políticas y creen una apertura al liberalismo internacional imperialista. Como consecuencia, la nación se debe desligar de acuerdos internacionales que violan la soberanía nacional y que coaccionen su agenda política a satisfacer los fines de terceros internacionales y no la primacía de los objetivos nacionales. Para ello se deben abordar proteccionismos que contengan la moralidad general de la ciudadanía, de manera que exista una representación real. Adicionalmente, el Estado democrático y participativo debe abogar por la protección, tanto de los bienes naturales, públicos, fiscales e inmuebles de la nación, como de la apropiación de la globalización mercantil estatal en tanto que su implementación distorsiona los problemas particulares de cada país, sometiéndola hacia una cultura posmoderna en donde las dinámicas sociales son a veces replicadas sin contextualización a través de políticas públicas liberales que fallan. Las políticas sobre derechos humanos deben emanar de la voluntad popular reflejada en la constitución del Estado, que a su vez será el guardián de los estatutos protectores de dichos derechos mediante la protección de la colectividad general a través de las garantías de seguridad y paz interna, cabe resaltar, que la voluntad popular no podrá menoscabar los derechos de las minorías bajo ningún pretexto.

## REFERENCIAS

- ACNUDH. (2015). *Guatemala: expertos de la ONU llaman a prevenir más retrasos y a garantizar el respeto al Estado de Derecho en el reinicio del juicio por genocidio*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16351&LangID=S>
- Asúnsolo, C. (2015). *Los derechos humanos como límites al poder público y privado: otra vía de fundamentación*. Recuperado de <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/download/1244/1289>

- Berlín, I. (1969). *Two Concepts of Liberty. Four Essays On Liberty*. Oxford: Oxford University Press. Recuperado de [http://cactus.dixie.edu/green/B\\_Readings/I\\_Berlin%20Two%20Concpets%20of%20Liberty.pdf](http://cactus.dixie.edu/green/B_Readings/I_Berlin%20Two%20Concpets%20of%20Liberty.pdf)
- DW. (2014). Brasil: violaciones de DD. HH. en dictadura eran “política de Estado”. Recuperado de <https://www.dw.com/es/brasil-violaciones-de-ddhh-en-dictadura-eran-pol%C3%ADtica-de-estado/a-18121215>
- Corte Constitucional. (10 de noviembre de 2016). *Sentencia 622*. [M. P. Jorge Iván Palacio Palacio]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>
- Corte Constitucional. (21 de abril de 2010). *Sentencia C-293*. [M. P. Nilson Pinilla Pinilla]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-293-10.htm>
- Corte Internacional de Justicia: Urgenda Foundation vs. Kingdom of the Netherlands (District Court of the Hague, 2015). Recuperado de [https://elaw.org/system/files/urgenda\\_o.pdf](https://elaw.org/system/files/urgenda_o.pdf)
- De Sousa, B. (2008). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Douglass, F. (1852). *La hipocresía de la esclavitud estadounidense*. Recuperado de <https://www.ersilias.com/discurso-de-frederick-douglass-la-hipocresia-de-la-esclavitud-estadounidense-1852/>
- EFE. (1977). La ONU acusa a Pinochet de seguir violando los derechos humanos. Recuperado de [https://elpais.com/diario/1978/11/22/internacional/280537214\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1978/11/22/internacional/280537214_850215.html)
- Fioravanti, M. (1996). “Las tres fundamentaciones teóricas de las libertades”. En *Los Derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Valladolid: Trotta.
- Freixa, O. (2018). *Guerra civil y catástrofe humanitaria. Nigeria, 1967-1970*. Recuperado de <http://www.africafundacion.org/spip.php?article31718>
- Guadarrama, P. (2015) Derechos humanos y democracia en el pensamiento ilustrado latinoamericano. *Revista de Estudios Latinoamericanos*, 60, 239-280. Recuperado de <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1665857415000095>

- Güiza, D. y Santamaría, C. (2016). Test y metodologías de los tribunales constitucionales frente a los derechos de los indígenas sobre la tierra: el caso de Colombia y Estados Unidos. *Pensamiento Jurídico*, 44, 254. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/60959/pdf>
- Lenin, V. (1919). *La democracia burguesa y la dictadura del proletariado*. Disponible en Internet: <http://www.filosofia.org/urss/tro/1932len.htm>
- Locke, J. (1689). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Alianza Editorial. Recuperado de [http://cinehistoria.com/locke\\_segundo\\_tratado\\_sobre\\_el\\_gobierno\\_civil.pdf](http://cinehistoria.com/locke_segundo_tratado_sobre_el_gobierno_civil.pdf)
- Marquardt, B. (2012). *Derechos humanos y fundamentales: una historia del derecho*. Bogotá: Ibáñez.
- Marquardt, B. (2016). *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*. Bogotá: Ibáñez.
- Marx, K. (1843). Sobre la cuestión judía. Recuperado de [http://gci-icg.org/spanish/paginas\\_malditas.pdf](http://gci-icg.org/spanish/paginas_malditas.pdf)
- Masip de la Rosa, L. (2016). El Estado total: de Schmitt a Neumann. En II Jornadas de Filosofía UR-Sofira. Logroño: Universidad de La Rioja. [En línea] Disponible en Internet en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5856862.pdf>
- García, M. y Ceballos, M. (2016). Derechos, acción de tutela y activismo judicial. En Democracia, justicia y sociedad. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/publication/democracia-justicia-y-sociedad-diez-anos-de-investigacion-en-dejusticia/>
- Nozick, R. (1988). ¿Es un estado la asociación protectora dominante? En *Anarquía, Estado y utopía*. Recuperado de <https://austrianlibrary.files.wordpress.com/2013/03/anarquia-estado-y-utopia-de-robert-nozick.pdf>
- O'Connell, R. (2009). Militant Democracy and Human Rights Principles. En *Constitutional Law Review* (a publication of the Georgian Constitutional Court). Recuperado de [https://www.academia.edu/219890/Militant\\_Democracy\\_and\\_Human\\_Rights\\_Principles](https://www.academia.edu/219890/Militant_Democracy_and_Human_Rights_Principles)
- ONU. (2006). Resolución del 23 de diciembre de 2005. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/60/225>

- ONU. (1992). United Nations Transitional Authority in Cambodia. Recuperado de <https://peacekeeping.un.org/mission/past/untac.htm>
- ONU. (2001). *Misión de Naciones Unidas en el Congo. Operaciones de la MONUC.* Recuperado de <https://www.un.org/Depts/DPKO/Missions/onuc.htm>
- Organización Mundial del Comercio [OMC]. (1995). *¿Lo que propugnamos?* Recuperado de [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/what\\_stand\\_for\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/what_stand_for_s.htm)
- Pace, A. (1989). Derechos de libertad y derechos Sociales en el pensamiento. De Piero Calamandrei [En línea] Disponible en Internet <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/47622/29091>
- Petersmann, E. U. (2003). Teorías de la justicia, derechos humanos y la constitución de mercados internacionales. *Loyola of Los Angeles Law Review*. California, Estados Unidos.
- Primo de Rivera, J. A. Discurso. Exposición de los puntos fundamentales de Falange española, pronunciado en el Teatro de la Comedia de Madrid, el día 29 de octubre de 1933. Recuperado de <http://www.segundarepublica.com/index.php?id=78&opcion=6>
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la justicia*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass. ISBN 674-88014-5. Recuperado de [https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john\\_rawls\\_-\\_teoria\\_de\\_la\\_justicia.pdf](https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john_rawls_-_teoria_de_la_justicia.pdf)
- Richmann, J. (2014). Un adiós para los astronautas: sobre ecología, límites y la conquista del espacio. En *Tratar de comprender: ensayos escogidos sobre sustentabilidad y ecosocialismo en el siglo de la gran prueba*. Bogotá: Universidad Distrital.
- Roosevelt, R. (1948). *The Struggle of Humans Rights. Online Speech Bank*. Recuperado de <http://www.americanrhetoric.com/speeches/eleanorroosevelt.htm>
- Russia Today. (2013) WikiLeaks: “EE.UU. apoyó a la dictadura militar argentina ya antes de morir Perón”. Recuperado de <https://actualidad.rt.com/actualidad/view/91982-wikileaks-filtraciones-peron-videla-eeuu>
- Schmitt, C. (1994): “Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland”. En *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, 1923-1939*. Berlín: Duncker and Humblot.

Sen, A. (2000). Desarrollo y libertad. Recuperado de [https://www.palermo.edu/Archivos\\_content/2015/derecho/pobreza\\_multidimensional/bibliografia/Sesion1\\_doc1.pdf](https://www.palermo.edu/Archivos_content/2015/derecho/pobreza_multidimensional/bibliografia/Sesion1_doc1.pdf)

Sojourner, T. (1851). *Ain't a Woman*. Recuperado de <http://etc.usf.edu/lit2go/185/civil-rights-and-conflict-in-the-united-states-selected-speeches/3089/aint-i-a-woman>

Ulrich, K. (2015). *La OMC en la encrucijada*. Recuperado de <https://www.dw.com/es/la-omc-en-la-encrucijada/a-18917258>



# Análisis de la tendencia unificadora del régimen de responsabilidad civil a partir de la protección *ex constitutione* del consumidor colombiano

## Analysis of the unifying trend of the civil liability regime based on the *ex constitutione* protection of the Colombian consumer

Marcos Rodríguez Puentes\*

Fecha de recepción: 23 de julio de 2019

Fecha de aceptación: 26 de julio de 2020

### RESUMEN

Desde la promulgación de la Sentencia C-1141 de 2000 de la Corte Constitucional, la *responsabilidad ex constitutione* se ha hecho parte del lenguaje recurrente en materia de protección al consumidor. Sin embargo, los alcances conceptual y práctico de tal expresión no son del todo claros. Para dilucidarlos, he comenzado por estudiar qué significa la *responsabilidad ex lege*, respecto de cuya comprensión también hay enormes dificultades; con este fin, he analizado su relación con la diáada de responsabilidad contractual y extracontractual, y su relación con la responsabilidad objetiva, llegando a la conclusión de que no existe una relación necesaria entre ellas y la responsabilidad *ex lege*, y que esta, bien entendida, simplemente se refiere a la determinación *desde la ley* de una obligación específica. Logrado lo anterior, he partido de la equivalencia semántica entre *responsabilidad*

*ex lege* y *responsabilidad ex constitutione* para señalar que la diferencia es solo jerárquica, a lo que se aúna que las soluciones prácticas que la Corte pretendía derivar de la última ya eran asequibles en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que el aporte de la Sentencia C-1141 de 2000 a la evolución del derecho colombiano es de naturaleza diferente a la que se suele suponer. Finalmente, al examinar los argumentos de la Corte en la sentencia, he llegado a la conclusión de que su contribución real es la apertura a la completa superación de la bifurcación del sistema de responsabilidad civil en Colombia.

**Palabras clave:** responsabilidad *ex constitutione*; responsabilidad *ex lege*; responsabilidad contractual; responsabilidad extracontractual; unificación del régimen de responsabilidad; responsabilidad objetiva.

\* Abogado, especialista y magíster en Derecho Privado Económico de Universidad Nacional de Colombia. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad el Bosque y Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño. Correo: mrodriguezpu@unal.edu.co

## ABSTRACT

Since Constitutional Court's decision C-1141/2000, liability *ex constitutione* has become part of the normal language on consumer protection. However, conceptual and practical effects of the expression are not completely clear. In order to elucidate them, I have begun by studying deeply what liability *ex lege* means, of which understanding has also enormous difficulties; to this purpose, I have analyzed its relation to the *ex contractu*, *ex delicto* liability dyad, and its relation to strict liability, concluding that there is not a necessary relation among them and the liability *ex lege*, and that this, well understood, only refers to the setting *from the law* of a specific obligation. Having attained the latter, I have started from the semantic equivalence between liability *ex lege* and liability *ex constitutione*, to point out that their difference is only hierarchical, besides, the practical solutions that the Court expected to derive from the latter were already within reach in the Colombian legal order, because of which the impact of C-1141/2000 decision is not of the importance usually assumed. Finally, analyzing the Court's arguments in the decision, I have come to the conclusion that its real contribution is the opening to the complete overcoming of the division of the civil liability system in Colombia.

**Keywords:** Liability *ex constitutione*; Liability *ex lege*; Liability *ex contractu*; Liability *ex delicto*; Unification of the legal liability regime; Strict liability.

## INTRODUCCIÓN

**E**n este artículo, en primer lugar, expondré analíticamente el contenido pertinente de sentencias significativas que se han referido a la *responsabilidad ex lege*, así como posiciones doctrinales en torno a la misma, para mostrar posteriormente que su naturaleza no está determinada por el régimen de responsabilidad en estricto sentido ni por el factor atributivo a que se deba acudir en un caso concreto ni por el régimen probatorio que al respecto esté establecido. Así las cosas, evidenciaré que dicha categoría es transversal a todos esos elementos. En el subsiguiente acápite, analizaré conceptualmente la *responsabilidad ex constitutione* en el contexto de la Sentencia C-1141 de 2000, problematizando su contenido, cotejando su naturaleza jurídica a partir de su equivalencia semántica con la *responsabilidad ex lege*, para analizar luego su valor como hito conceptual que abre la puerta a la unificación del régimen de responsabilidad civil. Finalmente, en el acápite de conclusiones, haré un recuento de los resultados alcanzados a lo largo de este estudio.

Así pues, el objetivo de este trabajo es ofrecer una visión conceptual depurada y precisa en relación con la responsabilidad *ex constitutione* según el planteamiento de la Corte Constitucional en materia de protección al consumidor, y su relación con el entorno jurídico iusprivatista colombiano.

La metodología de que se sirve este trabajo es cualitativa, en razón de su alcance estrictamente conceptual, por lo que los análisis realizados son de *lege lata* (Courtis, 2003, p. 80).

El desarrollo de lo anterior, que a continuación se presenta, ha permitido concluir que 1) la responsabilidad *ex lege* y la responsabilidad *ex constitutione* son esencialmente iguales, y se diferencian solo por su jerarquía, 2) que el uso de tales expresiones es oscuro, en la medida en que confunde la obligación que satisface el interés del acreedor con su sucedáneo pecuniario surgido del perjuicio fruto del incumplimiento, que es el que propiamente se llama *responsabilidad*; finalmente, que en este orden de ideas, 3) la opción conceptual de la Corte Constitucional por la responsabilidad *ex constitutione* tiene como efecto propio la superación de la división del régimen de responsabilidad en contractual y extracontractual, al implicar la existencia de un régimen único de responsabilidad.

### 1. RESPONSABILIDAD EX LEGE

La Sentencia C-1141 de 2000 se considera de fundamental importancia en materia de protección al consumidor, en buena parte por haber expresado la

existencia de un tipo de responsabilidad aparentemente novedoso, al señalar que “la responsabilidad del productor y del distribuidor surge *ex constitutione* y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros”. (Corte Constitucional, 2000).

También indicó que se trata de

[...]un esquema de defensa estructurado sobre las relaciones contractuales directas que se traban entre el consumidor y su correspondiente proveedor o expendedor, sea éste o no productor; pero, a la vez, permite al consumidor trascender la secuencia de responsables vinculados con la comercialización, y, de este modo, poder enderezar la acción de garantía o la indemnización de perjuicios contra el productor.

(...)

[l]a responsabilidad de mercado –secundada por la Constitución y la ley– no contractual, acreeda la reivindicación igualitaria que ha querido la Constitución introducir bajo el concepto de consumidor o usuario (...). La fuente de la responsabilidad la ofrece directamente la Constitución, y se sujeta a la realidad objetiva del mercado (resalto fuera de texto).

(Corte Constitucional, 2000)

No es del todo manifiesto si esta afirmación de la Corte considera la equivalencia semántica entre responsabilidad *ex constitutione*, en cuanto basada en la Constitución, y la *ex lege*, en cuanto basada en la ley.

Esta falta de claridad es un escollo importante, al que se aúnan dos cuestiones en cuanto a la responsabilidad *ex lege* que exigen ser resueltas antes de adentrarse en el alcance conceptual de la responsabilidad *ex constitutione*. Esas dos cuestiones son, a saber: 1) cuál es el grado de autonomía de la responsabilidad *ex lege* ante la díada tradicional de responsabilidad contractual y extracontractual y 2) si la misma consiste en un factor de atribución de responsabilidad específico –objetivo o subjetivo–. En los siguientes literales expondré lo correspondiente a este respecto.

De lo anterior dependerá la respuesta que se pueda dar a las siguientes cuestiones: ¿Qué entender por responsabilidad *ex constitutione*? Y, por tanto, ¿cuáles son sus implicaciones en el ordenamiento jurídico colombiano? En el siguiente numeral, sobre la base de lo hallado en este buscaré responder a estos interrogantes.

## 1.1 Responsabilidad *ex lege* y la diáada de responsabilidad contractual y extracontractual

### 1.1.1 Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Para efectos de claridad en el desarrollo de este acápite, nos acogemos a la clasificación entre obligación primaria y el sucedáneo indemnizatorio, propiamente constitutivo de la responsabilidad (Corte Constitucional, 2010).

La Corte Constitucional se ha referido a la locución adjetiva *ex lege* en los siguientes términos:

1. En la Sentencia T-423 de 2003 la Corte señala que los “derechos fundamentales [son] aquellos que pueden ser catalogados como universales [a diferencia de los de propiedad, y que] tienen su título *ex lege* o *ex constitutionem* [sic]”.

Nótese que, en este caso, la Corte usa las categorías *ex lege* y *ex constitutione* como niveles jerárquicos de consagración de derechos, pero no como fuentes de diferenciación ontológica entre ellos. De suerte tal, que dichas expresiones coinciden en su núcleo, sin perjuicio de que la ley material a que cada una se refiere sea de distinto rango.

En segundo lugar, se alude a “derechos” que, como se sabe, tienen por correlativo obligaciones primarias, y no “responsabilidades”, que surgen en el evento del desconocimiento de aquellos.

Las calificaciones de *ex lege* y de *ex constitutione* recaen sobre la existencia de derechos asignados primariamente y no sobre el derecho resarcitorio que surge de la inobservancia de aquellos.

2. En la Sentencia C-485 de 2003 la Corte afirma que “las obligaciones tributarias nacen *ex lege*”, acogiendo el mismo uso de la sentencia anterior, dándole a la expresión *ex lege* el sentido de establecimiento primario de una obligación.
3. En la Sentencia C-1201 de 2003 se refiere a que “la responsabilidad solidaria [en materia tributaria] surge *ex lege*”.

Esta *lex ex qua surget*, responsabilidad solidaria, se encuentra en el artículo 793 del Estatuto Tributario, que establece un listado de personas que están solidariamente obligadas a pagar las obligaciones de un sujeto pasivo tributario específico.

Sin embargo, el artículo citado al referirse a responsabilidad solidaria no alude a una obligación resarcitoria, sino a solidaridad en la obligación primaria, habida cuenta de la forma como esta se configura *ex lege*.

Por tanto, la equívoca terminología utilizada mantiene el sentido de las sentencias anteriores: tiene que ver con obligaciones –*vínculos iuris*– establecidos *ex lege* pero no a responsabilidad en estricto sentido, es decir, a obligaciones resarcitorias sucedáneas de aquellas.

4. En la Sentencia C-927 de 2006 la Corte da mayor exactitud al concepto de responsabilidad *ex lege* al señalar el origen diferenciado de las obligaciones frente al Estado:

- Por un lado, los “precios públicos”, que son contraprestaciones comunitativas pagadas al Estado, a cambio de “acceder al uso temporal de bienes y servicios de propiedad estatal”; cuyo origen, por esa razón, es *ex contractu*.
- Por otro, se encuentran las tasas en las que el contribuyente “se compromete con la recuperación del costo que le implica al Estado la prestación de una actividad, bien o servicio de interés público o general”, “obligación [que] emana de la potestad tributaria del Estado que se ejerce mediante ley”, es decir, que se establece *ex lege*.

De este modo, los vínculos jurídicos en torno a prestaciones –dinerarias en este caso–, serían *ex contractu* o *ex lege*. Claramente, no se refiere aquí a la responsabilidad, en cuanto categoría relativa al resarcimiento.

La Corte, en este caso, no solo se mantiene dentro de la lógica de la dualidad de la responsabilidad, sino que vincula funcionalmente las obligaciones *ex lege* con la responsabilidad *ex delicto*, al contraponer las primeras a las obligaciones *ex contractu* y plantea así una diáada, de la que se sigue directamente la bifurcación clásica de la responsabilidad: si la obligación incumplida es una que surgió *ex contractu*, la responsabilidad será también *ex contractu*, o sea, contractual. Si la obligación surgió *ex lege*, la responsabilidad por su incumplimiento será *ex delicto* que, en nuestro sistema, es lo mismo que extracontractual.

5. En la Sentencia C-035 de 2008, la Corte debate si en el artículo 17 de la Ley 1122 de 2007 se estaba “incluyendo *ex lege* la obligatoriedad de un arbitraje técnico” para efectos de liquidación de contratos públicos.

Igualmente, la Corte aplica la categoría *ex lege* a obligaciones que se establecen desde la ley, pero no a la responsabilidad, en cuanto figura relacionada con la indemnización de perjuicios.

6. En las sentencias C-402 de 2010 y C-621 de 2013 la Corte insiste en lo expuesto en la Sentencia C-927 de 2006, respecto de que las tasas “(...) se pueden definir como aquellos ingresos tributarios que se establecen en la ley o con fundamento en ella (origen *ex lege*)”, es decir, obligaciones establecidas por la ley, sin que haya referencia de ningún tipo a situaciones jurídicas en que se exija un resarcimiento, y sin implicaciones particulares ulteriores al respecto.
7. En la Sentencia T-377 de 2015, la Corte señala que “se destaca que la obligación anteriormente referenciada se constituye en una de origen legal (*ex lege*)”, manteniendo la misma referencia al *vinculum iuris*, sin que este sea causado por la necesidad de indemnizar un perjuicio

Ahora bien, a continuación de lo citado, la referida sentencia expresa que esa obligación *ex lege* “modifica las responsabilidades de los trabajadores independientes y que implica que mientras ostenten esa condición (...), se encuentran necesariamente forzados a reportar al sistema los ingresos que de ella deriven y a realizar sus aportes”.

Como se ve, la Corte aquí se refiere a las obligaciones de los trabajadores independientes como “responsabilidades”, dándole a este término el concepto y alcance de aquél.

Esta aproximación conceptual se reitera en la Sentencia T-150 de 2017.

De lo anterior se sigue que cuando la Corte Constitucional hace uso de la expresión “responsabilidad *ex lege*” se está refiriendo, más propiamente, a “obligaciones *ex lege*”, aludiendo a aquellas establecidas por la ley.

Así pues, serían la inobservancia de las obligaciones *ex lege* y el perjuicio causado, los elementos que podrían generar, ahí sí, responsabilidad civil *ex lege* propiamente dicha.

De esta suerte, la responsabilidad *ex lege* se presentaría cuando ocurriera un hecho generador de daños que fuera contrario a una obligación –a una conducta establecida *ex lege*, es decir, por la ley.

Adicionalmente, esta responsabilidad surgiría solo por virtud de actos o de hechos jurídicos, ya que en ellos la ley establece sus efectos (Hinestrosa, 2007, pp. 42-44).

Por el contrario, el negocio jurídico sería incapaz de producir una responsabilidad *ex lege*, ya que en la Sentencia C-927 de 2006 se expresa que este tipo de responsabilidad se opone a la responsabilidad *ex contractu*.

En consecuencia, dentro del entorno lingüístico adoptado por la Corte Constitucional, la responsabilidad *ex lege* es la misma responsabilidad extracontractual.

### 1.1.2 Posición de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia también hace uso de la categoría *ex lege* en algunas de sus sentencias, cuyo contenido y alcance verificaremos enseguida:

1. En Sentencia del 29 de abril de 2005, se refiere a “los elementos que, *ex lege*, determinan la existencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito”, y al “marcado acento dispositivo que caracteriza, *ex lege*, el recurso de casación”.

No hace referencia en este caso a las obligaciones o responsabilidades surgidas *ex lege*, pero deja claro que el sentido que le da a tal expresión es “desde la ley”, es decir, algo que ha sido establecido, no por voluntad de las partes, sino por voluntad del legislador.

Por tanto, coincide con lo dicho por la Corte Constitucional al respecto, pues no pretende establecer desde la ley obligaciones de resarcir perjuicios sufridos por terceros, sino simplemente prestaciones a favor de uno y a cargo de otro o condiciones de operación de hechos jurídicos –como en general lo es el caso fortuito– o actos jurídicos –como el ejercicio de derechos procesales–.

2. En Sentencia del primero de julio de 2008 se refiere a “los dictados legales *ex lege* [sic]”, para explicar que su quebranto produce la invalidez del negocio jurídico.

Valga recordar que existe la obligación de observar lo estipulado por el legislador en cuanto a los requisitos que debe cumplir la manifestación de voluntad particular para que pueda generar efectos, so pena de no generarlos.

En este caso, la responsabilidad del que haya dado lugar a la nulidad, es decir, aquel cuya conducta conllevó la inobservancia de la obligación *ex lege* en virtud de la celebración del contrato –dado que este no surtirá efectos– será extracontractual (Tamayo Jaramillo, 2007, p. 70).

Se evidencia así la coincidencia con la Corte Constitucional, en el sentido de que la responsabilidad por obligaciones *ex lege* es la misma responsabilidad extracontractual, que se opone a la responsabilidad derivada de obligaciones *ex contractu*.

3. En Sentencia del 30 de agosto de 2011 señala que los derechos están sujetos a múltiples limitaciones: una de ellas es el establecimiento de imposiciones del Estado o de particulares, es decir *ex lege* o *ex autoritate*.

Nuevamente, la Corte Suprema coincide con la Corte Constitucional en el uso de la categoría *ex lege* como la forma de establecer obligaciones, sin relación con la indemnización que es propia del concepto de responsabilidad; además de usarla para referirse a algo que ha sido impuesto, es decir, derivado de la ley o derivado de autoridad.

Se puede inferir que el uso que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia le da a la expresión *ex lege* sirve para calificar a las obligaciones legales, entendidas como prestaciones que se deben porque así lo ha establecido el legislador.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia tampoco aplica la calificación *ex lege* a la responsabilidad propiamente dicha, en cuanto categoría relacionada con el resarcimiento de un perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación primaria.

En el mismo sentido coincide con la Corte Constitucional, especialmente si se consideran simultáneamente la Sentencia del 1 de julio de 2008 de la Corte Suprema y la C-927 de 2006 de la Corte Constitucional, porque existe una relación funcional entre las obligaciones *ex lege* y la responsabilidad extracontractual; esta última se produce ante la inobservancia de aquellas.

En general, el uso de la expresión *ex lege* aplicada a la categoría *responsabilidad* se da por una imprecisión conceptual que confunde a esta última con el concepto de *obligación*.

En efecto, para la jurisprudencia nacional la expresión *ex lege* tiene cabida en cuanto a obligaciones establecidas por el legislador, pero no parece ser aplicable

a la categoría de responsabilidad, en cuanto fruto del incumplimiento de la obligación primaria y fuente de la obligación sucedánea resarcitoria.

Aunado a lo anterior, nuestra jurisprudencia ha sido consistente en cuanto a que las obligaciones establecidas *ex lege* se oponen a las obligaciones *ex contractu*, de suerte tal que el incumplimiento de aquéllas generará una responsabilidad *ex lege* o más propiamente *ex delicto*, esto es, extracontractual, mientras que las segundas generarán una responsabilidad contractual.

En fin, el uso de la expresión *ex lege* por parte de las Cortes Suprema de Justicia y Constitucional mantiene y reafirma en nuestro ordenamiento jurídico la diáada tradicional entre los dos tipos de responsabilidad –contractual y extracontractual–.

## 2. RESPONSABILIDAD EX LEGE Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La segunda diáada conceptual y prácticamente polémica a la que nos enfrentamos es la relativa a los factores de atribución de responsabilidad: objetiva y subjetiva.

Hay quien afirma que la responsabilidad *ex lege* se da “*por razón de ley*”, en virtud del hecho mismo del daño causado a las personas o a las cosas” (Quintano, 1963, p. 632), en oposición a la responsabilidad delictual, que no se daría por el hecho mismo del daño, sino por este cuando confluye con la reprochabilidad de la conducta (Quintano, 1963, p. 632). En otras palabras, la responsabilidad *ex lege* es la responsabilidad objetiva, diferente de la contractual y de la delictual.

Así expuesto, la responsabilidad *ex lege* configuraría una categoría autónoma respecto de la bifurcación tradicional de la responsabilidad, que genera una diáada diferente: 1) la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, dividida entre: a) responsabilidad *ex contractu*, cuando se incumpla una obligación contractual y b) responsabilidad *ex delicto*, cuando se desconozca culposamente una obligación primaria establecida *ex lege* y 2) responsabilidad *ex lege*, cuando ocurrido un perjuicio su reparación se establezca a cargo de alguien, incluso si su conducta no tiene rastro de culpa.

Nótese que esta perspectiva presupone que la responsabilidad contractual y extracontractual necesariamente son responsabilidades por culpa, por lo que, aunque se configura una tríada de tipos de responsabilidad, a partir del factor de atribución, simplemente se mantiene una diáada diferente: la responsabilidad por culpa y la responsabilidad *sine culpa*, que correspondería a una esfera de dominio radicalmente diferente a la de los dos tipos de responsabilidad subjetiva.

Para ahondar el batiburrillo conceptual, otra posición sobresaliente sostiene que la responsabilidad objetiva es única y exclusivamente extracontractual, lo que constituye, no una diáada alternativa sino una forma especial de responsabilidad extracontractual.

Al respecto, el profesor Velásquez señala que “la responsabilidad civil tiene dos géneros o clases: contractual y extracontractual”. Esta esta última “nace del delito civil y del cuasidelito” (2015, p. 37).

Adicionalmente, señala que una de las expresiones de la responsabilidad civil extracontractual es la que se deriva del ejercicio de actividades peligrosas que, a partir de la inteligencia del artículo 2356 del Código Civil, encuentra su ontología en cuanto “responsabilidad objetiva (...) para deducir obligación de indemnizar los daños (...) [eximiendo] a las víctimas [de] probar una culpa del guardián” (Velásquez, 2015, p. 95).

Lo anterior –explica el autor–, sin perjuicio de que la jurisprudencia colombiana haya “adoptado la tesis de la presunción de la responsabilidad [es decir, de culpa presunta de derecho], y no la teoría del riesgo en su sentido puro [o sea, responsabilidad objetiva, propiamente dicha]” (Velásquez, 2015, p. 561).

Estas posiciones nos obligan a referirnos al concepto de responsabilidad objetiva, para dar cuenta del concepto y de su alcance, con el fin de establecer su relación con el concepto de responsabilidad *ex lege* de forma adecuada.

Ahora bien, el profesor Velásquez afirma que la responsabilidad objetiva se da en el marco de la responsabilidad por actividades peligrosas. De esta se presentan al menos dos posiciones importantes, a saber: 1) la teoría del riesgo y 2) la presunción de responsabilidad. Después de su análisis, retomaré una tercera posición en torno a tal tipo de responsabilidad: 3) la asignación de riesgo.

## 2.1 La teoría del riesgo

La desarrollaron Saleilles y Josserand y la denominaron “de responsabilidad objetiva, pues elimina de los (...) requisitos para que surja la obligación de reparar los perjuicios, el elemento culpa. Así entonces, toda actividad que crea un riesgo debe estar a cargo del sujeto que lo origina” (Velásquez, 2015, p. 558).

El autor explica a continuación que, en este marco,

[...]el principio general [o sea, el de responsabilidad por culpa] permite que en ciertos casos pueda haber obligación de reparar un daño así no

haya culpa. Es suficiente que haya sido creado un riesgo anormal para que causado el daño exista obligación de indemnizar a la víctima. El autor del daño se hace responsable de la reparación de los perjuicios porque creó el riesgo que antes no existía. (Velásquez, 2015, p. 558)

Posteriormente cita las críticas que varios autores franceses hacen a la teoría del riesgo, que son, esencialmente: 1) que “[l]a responsabilidad objetiva es contraria a las intenciones de los redactores del Código de Napoleón”, 2) que “es contraria a la equidad”, 3) que es “una forma de poner en peligro los fundamentos mismos de la responsabilidad civil (...) [pues] sin culpa no hay responsabilidad”, porque el elemento moral –la reprochabilidad– es lo que da sustento a esta última, 4) que proviene de la tendencia “del positivismo y del materialismo histórico” (...) [a] eliminar la persona que piensa (...) [para] “materializar el derecho civil”, aclarando que un patrimonio no puede obrar bien ni mal, pues solo la persona es capaz de incurrir en culpa (Velásquez, 2015, pp. 558-599).

Particularmente, Ripert señala que:

[...]la teoría del riesgo (...) en realidad arrebata a la responsabilidad civil el elemento moral, del cual deriva su fuerza el principio de la responsabilidad y el cual ordena la limitación de ese principio. Cuando la ley de responsabilidad se presentó como una ley física de creación de riesgos, se hizo inadmisible.

Se ha tratado, sin duda, de defenderla en nombre de la justicia, con base en la idea de una elección inevitable entre el autor y la víctima. Cuando se ocasiona un perjuicio, se dice, no queda ya sino una cuestión de atribución por regla: no admitir el derecho a la reparación, es herir a la víctima; ¿por qué a ella más bien que al autor?

En realidad, la fuerza oscura del destino ha hecho la elección. La víctima ha sido elegida. Los hombres están acostumbrados a inclinarse ante la fatalidad. Admitir la acción de responsabilidad, no es atribuir el perjuicio, es modificar su atribución natural. Ahora bien, las condiciones de autor y de víctima las ha establecido el azar, y, por su mera condición de tal, la víctima no se presenta como preferible al autor.

(...)

Al intentar transportar al mundo jurídico una ley física de causalidad eficiente, la teoría del riesgo, dominada por un falso espíritu científico, en realidad ha introducido en el derecho un espíritu materialista (...). Poco importa que los partidarios de la nueva idea hayan sabido darle un

elevado valor social, al servirse de ella para desarrollar y acrisolar la regla de responsabilidad. (1946, pp. 168-169)

Velásquez expone luego que, sobre esta base, los hermanos Mazeaud proponen una alternativa conceptual consistente en una teoría del riesgo moderada:

[...]conservando la culpa como fundamento último de la responsabilidad. (...) quien crea un riesgo tiene la obligación legal de impedir que la cosa cause un daño. En consecuencia, cada vez que haya un daño causado por la cosa se ha incumplido la obligación legal de la guarda. La obligación consiste verdaderamente en guardar la cosa, es decir, en impedir por todos los medios que la cosa escape al control material del guardián. Si se escapa entonces se puede predicar que este ha fallado a su obligación y ha cometido una culpa. ( 2015, p. 561)

Comparto la posición de los hermanos Mazeaud en relación con el riesgo y su guarda, pero considero que sus fundamentos no son acertados, en tanto que juzgo que sí lo son las apreciaciones de Tamayo Lombana en el sentido de que la teoría del riesgo no es injusta ni se opone a la moral, pues

[...]nuestro leal entender nos hace pensar que la teoría del riesgo posiblemente no presente discrepancias conceptuales con la doctrina social de la Iglesia, que propugna la justicia social, como se advierte especialmente en las encíclicas *Rerum novarum* y *Quadragesimo anno*.

(...)

[L]as condiciones que inspiraron la doctrina social de la Iglesia y que tienen su apoyo máximo en las colosales encíclicas ya citadas, son las mismas condiciones: la presencia de dos bloques opuestos: el gran capital y la gran industria, por un lado, y la muchedumbre pobre y débil de que habla el documento pontificio, por otro lado, como parte pasiva.

Consideramos también que permanece sin modificación la referida doctrina social: los deberes que tiene el primer bloque hacia el segundo deben sobrepasar la *justicia comutativa* y la *distributiva*, para asegurar el imperio de la justicia social. (2009, pp. 338-339)

De esta forma, no encuentro que la responsabilidad sin culpa sea contraria a las propuestas morales en que se funda la cultura occidental (Peterson, 1999, pp. 18 y 362), sino que, por el contrario, la expresa de forma adecuada en algunos eventos particulares cuya determinación específica corresponde a quien esté

llamado a establecer las prioridades y fines –morales inclusive– de cada sociedad particular (Posner, 2007, p. 42).

Sin embargo, coincido con los hermanos Mazeaud en relación con que las actividades peligrosas y la atribución de la responsabilidad al guardián corresponden al régimen subjetivo, porque, dentro del marco moral de la responsabilidad subjetiva, la lógica exige que a quien tiene poder de mando sobre la actividad se le impute cualquier falta que en el ejercicio de dicha guarda se produzca, máxime si él mismo ha puesto en riesgo a los demás.

En ese contexto, la obligación de guarda es una obligación de resultado, por lo que el guardián –que tiene o debe tener las precauciones *necesarias* para evitar la generación de perjuicios con su actividad–, habrá de responder por cualquier negligencia –levísima, incluso– en relación con el cumplimiento de tal obligación, pues debe ejecutar, por ser de resultado la obligación que pesa sobre él, una diligencia suma, de acuerdo con el artículo 63 del Código Civil (Rodríguez, 2016, p. 16).

Así pues, exigiéndosele diligencia al guardián, es claro que se permanece dentro del régimen de responsabilidad subjetiva. Y esto, no por la exigencia moral de garantizar la equidad frente a aquél, sino por la exigencia lógica derivada de la naturaleza propia de su obligación.

Por tanto, el asunto de la atribución de responsabilidad al guardián de una actividad peligrosa, no requiere el intenso debate moral que se ha suscitado, pues basta la consideración tranquila de las premisas dentro del estricto marco del derecho para encontrar que la posición de los Mazeaud, a este respecto, prevalece sin ningún tipo de forzamiento.

La teoría del riesgo relativa al peligro propio de una actividad riesgosa corresponde, lógicamente, al régimen subjetivo y también se le trata como factor objetivo de atribución únicamente cuando se pierde de vista que la suma diligencia se opone a la *culpa* levísima, según lo establece el Código Civil (art. 63) y que, por ello, tratar a la exigencia de diligencia suma como extraña al régimen de responsabilidad por culpa es contrario a lo que expresa y claramente ha establecido el legislador.

Así pues, queda claro que la teoría del riesgo expuesta no configura, en absoluto, un régimen de responsabilidad objetiva, pues no “elimina de los (...) requisitos para que surja la obligación de reparar los perjuicios, el elemento *culpa*”, que prevén Saleilles y Josserand para afirmar tal objetividad (Velásquez, 2015, p. 558).

Y es que, tratándose de “la responsabilidad por el hecho ilícito (...) la culpa no se presume, salvo la excepción consagrada en el artículo 2356 (...) proveniente del ejercicio de actividades peligrosas” (Ospina, 2008, p. 107).

Es decir, cuando a la teoría del riesgo, como lo ha planteado Josserand, se le considera desde los fundamentos últimos de su aplicación, tiene a la culpa –aunque escondida y presunta– como base de su imposición al agente guardián.

## 2.2 La presunción de responsabilidad

El profesor Obdulio Velásquez profundiza su exposición explicando que la teoría del riesgo “evolucionó a un concepto de presunción de culpa que no admitía prueba en contrario –presunción de derecho– (...). [L]a culpa está presente como elemento fundante, pero al demandado solo le queda como medio de defensa la prueba de una causa extraña” (2015, p. 561).

Al respecto, teniendo en cuenta que los elementos fundamentales de la responsabilidad son el daño, el hecho generador –que no la conducta– y el nexo causal entre los dos (Tamayo, 2009, p. 351), este vínculo de causalidad con el daño debe darse respecto de

[...]un hecho generador jurídicamente cualificado en un contexto dado.

[Y e]sta cualificación (...) será necesariamente la conducta del agente si el contexto es la responsabilidad subjetiva; y serán hechos externos a dicha conducta, en caso de ser dicho contexto el de la responsabilidad objetiva (Rodríguez, 2016, p. 5).

Dentro del marco anterior, la prueba que tenga por objeto directo una causa extraña tiene, en el fondo, como objeto indirecto la diligencia suma que en materia de obligaciones de resultado se le exige al deudor, esto es, que tiene como objeto indirecto la demostración de la ausencia de culpa incluso en el grado de *levísima*:

En este orden de ideas, el objeto directo de la prueba viene a ser la causa extraña, infiriéndose a partir de esta la existencia de la diligencia suma o insuperable, ya que la causa extraña no deja otra alternativa que la admisión de la inexistencia absoluta de la culpa, incluso en su grado menor planteable, en su grado levísimo, convirtiéndose así en la única forma de oponerse a esta. No se olvide que, técnicamente, si hay culpa no se puede hablar de caso fortuito. (Tamayo, 2009, p. 236; Rodríguez, 2016, p. 10)

Por esto, no es posible admitir que la presunción de responsabilidad sea una presunción de derecho, ya que admite una prueba en contrario que, además, por su objeto es indirecta; es decir, la presunción de responsabilidad sí establece una presunción de culpa, pero es *iuris tantum*, lo que en nada se opone a que lo supuesto se configure en términos de exigir la demostración –indirecta, como se ha dicho– de una diligencia que pueda ser calificada de suma.

Aunado a lo anterior, desde el mismo planteamiento de la teoría se deja a la culpa como *condicio sine qua non* de su eficacia, por lo que su ontología es incompatible con el régimen de responsabilidad objetiva, exigiendo, en cambio, que se le ubique dentro del régimen de responsabilidad por culpa o subjetiva.

## 2.3 Asignación de riesgo

Si ninguna de las dos posiciones presentadas es filosóficamente admisible como constitutiva de la responsabilidad objetiva, ya que siempre terminan redundando en la subjetividad del factor de atribución, es necesario especificar qué tipo de responsabilidad puede calificarse de objetiva.

En primer lugar, téngase en cuenta lo expresado por la Corte Suprema de Justicia (2007), en dos prístinas ponencias del profesor Edgardo Villamil Portilla, donde –en medio de un intenso debate– se terminó dejando claro, respecto de las actividades peligrosas, que “basta que el acontecimiento resulte ‘humanamente previsible’ para excluir que la demandada pueda salvar su responsabilidad al amparo del carácter extraordinario del fenómeno sobreviniente”, con base en lo cual, “se dedujo la culpa de la demandada por ejercer una actividad de suyo peligrosa” (Corte Suprema de Justicia, 2010).).

De este modo, la responsabilidad objetiva no es la responsabilidad por el riesgo creado ni por el riesgo provecho ni por el riesgo profesional, ya que en todas estas es posible deducir la culpa, pues en tales casos se exige “una diligencia más alta que la normalmente requerida” (López, 2009, p. 580), “lo cual es muy significativo pues si el correlativo de la responsabilidad es la diligencia no observada, se corrobora que estamos dentro del régimen subjetivo” (Rodríguez, 2016, p. 15).

En efecto,

[...]aunque es probable que en los tres posibles elementos concurran –creación, provecho y guarda del riesgo–, lo central no es la creación del riesgo, ni el provecho que de este se saca, y ni siquiera la posición de guardián, para efectos de determinar la objetividad de la responsabilidad, sino la capacidad para absorber el daño.

Con base en esto se da una asignación legal o negocial de dicho riesgo, configurándose así una *strict liability*, es decir, una responsabilidad estricta, una responsabilidad objetiva propiamente dicha (Shina, 2014, p. 244).

(...)

Así pues, una responsabilidad objetiva es una responsabilidad que no se deriva del análisis de la culpa que asiste al responsable, sino que sencillamente se deriva de la asignación de un riesgo, es decir, de una obligación de asegurar la indemnidad del asegurado. (Rodríguez Puentes, 2016, p. 17).

Ante una responsabilidad semejante, solo la prueba del dolo del demandante tendría la virtud necesaria para liberar al demandado del peso de la responsabilidad (Tamayo, 2009, p. 314), porque ante este tipo de responsabilidad, “el autor del daño no puede exonerarse probando haber usado la necesaria diligencia (...) la responsabilidad lo golpea ineluctablemente” (Tamayo, 2009, p. 311).

En fin, una responsabilidad que merezca ser calificada de “*objetiva*”, solo puede ser la que se base en la *asignación* del riesgo, pues cuando se desarrolla el concepto sobre la base de que se le imputa la obligación indemnizatoria porque de alguna forma le corresponde, en el fondo se está haciendo un reproche, por más velado o morigerado que sea, que hace descansar en últimas tal responsabilidad en un comportamiento dañoso *culpable*.

En consecuencia, solo la radical exclusión de la culpa a todo nivel y en cualquier grado o intención, abre la puerta a que se hable de responsabilidad objetiva, en la que se asegura a una de las partes asignando el riesgo a quien mejor lo puede soportar –y por razón de dicha capacidad–, en una relación cualquiera –abstracción hecha de que su marco sea contractual o no–, de forma tal que solo la demostración de la mala fe de la víctima pueda liberar al asignatario del pago de la indemnización.

La preposición *ex* rige ablativo e “indica procedencia del interior de algo” (Mir, 1950, p. 170), en varios sentidos que importan para nuestro estudio:

1. “Lugar de donde”:
  - a. “lugar o persona de donde o de quien se saca (...) algo”.
  - b. “punto de partida”.
  - c. “procedencia”. (Mir, 1950, p. 170)
1. “Causa”:  
“a consecuencia de, por causa de”. (Mir, 1950, p. 171)

Esto muestra que la expresión *ex lege* es de una sencillez abrumadora, pese a que, irreflexivamente, se le den usos diversos que confunden su contenido:

significa, en sí misma, únicamente que la tal responsabilidad se saca, parte o procede de la ley, o que se da a consecuencia o por causa de ella.

Dicho de otra manera, decir responsabilidad *ex lege*, no puede equivaler ni a responsabilidad civil extracontractual, como lo han entendido nuestras Cortes ni a responsabilidad objetiva, como lo ha entendido cierto sector de la doctrina.

Ahora bien, surge un interrogante: ¿Al considerar los elementos de la responsabilidad, se encuentra que la expresión *responsabilidad ex lege* es correcta?

El tema también es sencillo: los elementos de la responsabilidad, como ya se indicó, son el daño, el hecho generador jurídicamente cualificado y el nexo causal entre los dos.

Es claro entonces que la responsabilidad no puede surgir simplemente *ex lege*, aunque nuestras Cortes caigan en la confusión con frecuencia. En realidad, lo que surge *ex lege* es una obligación primaria y de su incumplimiento dañoso, surgirá la responsabilidad que dará lugar a una obligación sucedánea de naturaleza resarcitoria.

Aun así, ¿qué cariz puede tomar la expresión estudiada en torno a esos tres elementos? ¿Qué es lo que, estrictamente, puede provenir *ex lege*, que tenga una incidencia estructural en el surgimiento de la responsabilidad?

Pues bien, como la “Ley es una declaración de la voluntad soberana (...) [cuyo] carácter general (...) es mandar, prohibir, permitir o castigar” (Código Civil, artículo 4), tiene la potestad de cualificar un hecho generador de un daño, convirtiéndolo en una situación jurídica proscrita (Hinestrosa, 2007, p. 38), bien sea porque su causa se considera injusta o porque se considera injusta la situación en sí misma.

Esa proscripción conlleva su imputación, en el primer caso a su perpetrador y en el segundo a quien esté en mejores condiciones para absorber su impacto económico (Shina, 2014, p. 244), y generar así el nexo causal jurídico entre el hecho y el daño, y, por tanto, la obligación de indemnización a cargo del que ha sido sujeto pasivo de dicha imputación a favor del sujeto pasivo del hecho generador.

Esta proscripción *ex lege* puede darse también respecto de relaciones contractuales, en la medida en que, con excepción de las normas procesales y punitivas, “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración” (Congreso de la República, 1887).

Al respecto, es interesante verificar en el régimen laboral la conciencia que existe en relación con la naturaleza contractual del régimen, ya que muchas de sus normas también son de orden público: pues bien, estas, se incorporan al contrato, pero este da vía a la existencia de tales obligaciones en cabeza del empleador (Córdoba, 2004, p. 43).

Pero se aúna a lo antedicho, que el Código Civil establece que el contrato es una ley para los contratantes (art. 1602), lo que se entiende bien al considerar que:

Cuando el contrato crea obligaciones de las partes contratantes, lo hace en tanto el orden jurídico enlaza a la conducta contraria al contrato, es decir, a la conducta contrapuesta a la norma producida por el contrato, una sanción. La norma producida por el negocio jurídico es, en este sentido, una norma no independiente.

(...)

La capacidad de celebrar negocios jurídicos es una capacidad otorgada a los individuos, por el orden jurídico, para producir, fundándose en normas generales producidas legislativa o consuetudinariamente, normas jurídicas de nivel inferior, y de participar en la producción de las normas individuales jurídicas producidas por el tribunal.

Se trata de un auténtico poder jurídico. (Kelsen, 1982, p. 159)

En suma, el contrato se inserta en la pirámide jurídica y es, en cierto modo una legislación auténtica, aunque su ámbito sea sumamente restringido por el alcance de las obligaciones que genera su eventual sujeción a muchos niveles de normas superiores, y el principio de *res inter alios acta*.

Entonces, es claro que puede haber obligaciones establecidas *ex lege*, que se incorporen al ámbito contractual, por cuenta de la integración del negocio jurídico con ellas, por estar vigentes.

En efecto, ¿deja de ser contractual la condición resolutoria porque el artículo 1544 del Código Civil prevea que solo puede ser renunciada una vez cumplida? Ciertamente no. Lo que demuestra que el establecimiento *ex lege* del derecho a pedir la resolución del contrato no implica que tal institución sea extracontractual, a diferencia de lo que parecen haber entendido las Cortes.

Por otro lado, nuestro régimen de responsabilidad es preponderantemente subjetivo, y en materia contractual se suele presumir la culpa ante el incum-

plimiento o el retardo, por lo que la expresión *ex lege* tampoco se puede hacer equivaler a responsabilidad objetiva.

Adicionalmente, la *sólita* culpa presunta de la responsabilidad contractual no da pie para suponer que la categoría *ex lege* corresponda a las responsabilidades por culpa presunta, toda vez que el principio de *neminem laedere*, al que largamente ha acudido nuestra jurisprudencia en materia aquiliana, entendiéndole consagrado en el artículo 2341 del Código Civil –y, por tanto, *ex lege*– tiene un régimen probatorio de culpa probada.

Es claro que la categoría *ex lege* solo puede significar que la obligación establecida lo ha sido por la ley, sin que en esto influya de ninguna manera que el ámbito de concreción de tal obligación sea contractual o extracontractual, de régimen objetivo o de régimen subjetivo, ni –tratándose de esta última posibilidad– si se refiere a un régimen de culpa presunta o de culpa probada. Nada tiene que ver la calificación de *ex lege* respecto de una obligación, con ninguna de esas categorías, porque en realidad es transversal a todas ellas.

En consecuencia, la responsabilidad *ex lege* surge del incumplimiento de una obligación primaria establecida por la ley, sin que esto incida, como he señalado, en ninguna de las diádicas relacionadas.

### **3. RESPONSABILIDAD EX CONSTITUTIONE**

#### **3.1 Problematización de su fundamento y utilidad**

La responsabilidad *ex constitutione* ha tomado gran importancia en el marco de la discusión sobre el alcance y naturaleza de la responsabilidad por producto defectuoso.

En la Sentencia C-1141 de 2000, la Corte Constitucional señala que “el consumidor o usuario puede de manera directa exigir del productor el cumplimiento de las garantías de calidad y el pago de los perjuicios por concepto de los daños derivados de los productos y servicios defectuosos”.

Para llegar a tal afirmación, la Corte explica que es ilegítimo que no se pueda perseguir al productor, por cuenta de la utilidad que obtiene de la puesta en el mercado de los productos que hayan generado el perjuicio.

Sobre esta base, la señala que el propósito de

[...]poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor o usuario (...) no podría nunca cumplirse cabalmente si los supuestos de responsabilidad solo pudieran darse entre partes de un mismo contrato, máxime si solo en pocos casos el fabricante pone directamente en la circulación el bien y lo coloca en manos del consumidor final.

Finalmente, para evitar ese efecto nugatorio de la tuición al consumidor, la Corte determina en la misma Sentencia C-1141, que:

La responsabilidad del productor y del distribuidor surge *ex constitutione* y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros.

Es decir, establecer que la responsabilidad del productor es *ex constitutione* es solo una manera de evitar que este interponga a la acción de un subadquirente la excepción de *res inter alios acta*.

Ahora bien, ¿era necesario introducir en el ordenamiento jurídico colombiano una categoría tan extraña para proteger de forma efectiva al consumidor?

No, en absoluto. Porque, si bien es cierto que el subadquirente no celebró un contrato con el productor, las acciones y garantías que este hubiera concedido al primer adquirente se entienden cedidas por este al que le sigue, además de la acción extracontractual contra el productor, para la que también se encuentra legitimado.

En efecto,

Sucede a menudo que una persona compra a otra un bien mueble o inmueble, bien que, como es lógico, otorga al comprador algunas garantías contractuales contra el vendedor por defectos de calidad o falta de eficiencia. Si ese comprador inicial, a su turno, enajena el bien a un subadquirente posterior y este sufre un daño como consecuencia de la mala calidad o falta de eficiencia del producto vendido (...) algunos consideran que (...) la acción es necesariamente contractual. Otros, por el contrario, consideran que (...) la víctima tiene la opción de demandar al vendedor inicial optando bien sea por la responsabilidad contractual, invocando las garantías contractuales transmitidas por el adquirente inicial, bien por la responsabilidad extracontractual, considerándose un simple tercero. Desde luego, la acción que tiene ese subadquirente contra quien le vendió es de naturaleza contractual. (Tamayo, 2007, pp. 140-141)

Acto seguido, para mostrar un ejemplo significativo al respecto, el autor se vale de la garantía decenal del artículo 2060 del Código Civil, hoy contenida en el artículo 8 de la Ley 1480 de 2011, y vuelve sobre ella algunos capítulos después para dejar completamente claro que el artículo mencionado “garantiza los daños causados no solo al dueño inicial (...) sino también a los adquirentes y subadquirentes” (Tamayo, 2007, pp. 1375-1376).

Queda claro que la justificación que da la Corte Constitucional para erigir la responsabilidad *ex constitutione* carece de validez, dado que no es cierto que ante la ausencia de contrato entre el consumidor que ha sufrido el perjuicio y el productor, este pueda oponer a aquél la relatividad de los negocios jurídicos como excepción efectiva de cara su pretensión indemnizatoria.

Lo anterior sin ninguna limitación respecto de la eventual persecución extracontractual contra el productor, por haber puesto en el mercado un elemento peligroso –riesgo creado, riesgo provecho–, cuando las circunstancias propias de la relación ameritaran la utilización de dicho régimen.

En otras palabras, ni el propósito de la superación de la asimetría que se da entre consumidor y productor ni las acciones con que el consumidor cuenta, se vuelven nugatorios porque se mantenga el marco contractual o extracontractual para el análisis de los conflictos que surjan en torno a una relación de consumo.

Esto hace patente, además, que no hay aporte tuitivo real de la Corte Constitucional al enarbolar la categoría de responsabilidad *ex constitutione*, pues abrió un camino hacia un lugar al que ya habíamos llegado, en la medida en que la eficacia de la protección de los derechos e intereses de los consumidores se desprende de las instituciones clásicas sin mayor dificultad.

## 3.2 Implicaciones positivas

Lo anterior no obsta para que la así llamada responsabilidad *ex constitutione*, tenga una significación diferente y positiva. Para esto es necesario detenernos un momento en la consideración del alcance mismo de la expresión.

### 3.2.1 Es cuestión de jerarquía

Es de vieja data la división entre la ley en sentido formal y ley en sentido material. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que:

[...]en [la ley en sentido formal] prima un criterio orgánico, pues corresponde a una regulación expedida por el legislador, mientras que la ley en sentido material es una norma jurídica que regula de manera general una multiplicidad de casos, haya o no sido dictada por el órgano legislativo. Por ende, una regulación es ley en sentido formal y material, cuando emana del órgano legislativo y tiene un contenido general; en cambio es solo ley en sentido formal si ha sido dictada por el poder legislativo, pero su contenido se refiere a un solo caso concreto; y es ley solo en sentido material, cuando tiene un contenido general, esto es, se refiere a una multiplicidad de casos, pero no ha sido expedida por un órgano legislativo. (1999)

En este sentido es claro que la Constitución Política, es ley en sentido material, pues tiene un “contenido general”, ya que “se refiere a una multiplicidad de casos, pero no ha sido expedida por un órgano legislativo”, toda vez que su emisión corresponde al Constituyente. Incluso en el evento de que sea una norma constitucional emitida por el Congreso de la República, se tratará de una actuación en su calidad de constituyente derivado, y no de legislador.

Así pues, considerando lo expuesto en los acápite anteriores en relación con la categoría *ex lege* (en sentido material) y lo aquí dicho en relación con la categoría *ex constitutione*, resulta claro que esta es una especie de aquella, específicamente referida a los eventos en los que la Constitución establece la correspondiente obligación.

Al respecto, la Sentencia SU-182 de 1998, habiendo diferenciado “los derechos (...) *ex constitutione* [de los] *ex lege* [en sentido formal y material]”, señaló que “los derechos (...) establecidos en la ley, precisamente por tener este origen, no tienen el carácter de derechos fundamentales” (Corte Constitucional, 1998), de donde se colige con claridad que la diferencia funcional entre los derechos *ex lege* y los *ex constitutione* estriba en la jerarquía del derecho asignado.

En efecto, la obligación *ex constitutione* es funcionalmente igual a la obligación *ex lege*, pero generadora de derechos de especial jerarquía, perseguidos mediante acciones especiales –como la acción de tutela–, que no se conceden respecto de los derechos *ex lege* en sentido formal (Constitución Política, 1991, art. 86).

Ahora bien, la misma Corporación ha aclarado que:

[...]los supuestos específicos de protección (...) se desarrolla[n] a través del ordenamiento jurídico (...) [es decir,] principalmente (...) a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. (...) Con el derecho del consumidor se presenta algo similar de [sic] lo que se observa con otros derechos

constitucionales. La Constitución delimita un campo de protección, pero el contenido preciso del programa de defensa del interés tutelado, es el que se desarrolla y adiciona por la ley y por otras normas y fuentes de reglas jurídicamente válidas. En particular, trazado el marco constitucional, a la ley se confía el cometido dinámico de precisar el contenido específico del respectivo derecho, concretando en el tiempo histórico y en las circunstancias reales el nivel de su protección constitucional. El significado de un determinado derecho y su extensión, por consiguiente, no se establece solo por la Constitución *a priori* y de una vez para siempre. (Corte Constitucional, 2000)

En este orden de ideas, el profesor Arrubla Paucar ha expresado que:

La norma constitucional establece [que] (...) los futuros desarrollos legislativos sobre la materia deberán ser más claros y precisos que el actual estatuto del consumidor (...).

Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha ido todavía más allá refiriéndose a la posibilidad de establecer la responsabilidad de los fabricantes y distribuidores con fundamento directo en la Constitución, es la llamada responsabilidad *ex constitutione*, que prescinde de la necesidad de un desarrollo legal para el efecto, y encuentra su fundamento directamente en el texto constitucional.

(...)

Opinamos que no es necesario predicar una responsabilidad basada directamente en la constitución, pues la norma legal ya existe (...). (2008, pp. 445-446)

Por su parte, Díaz-Granados ha señalado que “dicha responsabilidad tiene un régimen jurídico único en el que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual deja de tener importancia” (2006, p. 407), de modo que se supera la discusión sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad, en la medida en que no se trata de un régimen jurídico especial, sino de uno que unifica la bifurcación tradicional.

De todo lo cual, se deriva, en primer lugar, que los alcances de las consecuencias del incumplimiento de obligaciones *ex lege* y *ex constitutione* son de igual naturaleza y, por tanto, igualmente ajenos a las diferentes díadas que deba considerar el juez al resolver el conflicto, como las de responsabilidad contractual o extracontractual, responsabilidad objetiva o subjetiva y, en esta última, culpa probada o presunta. Y, en segundo lugar, como lo ha dicho el profesor Arrubla,

que “no es necesario predicar una responsabilidad basada directamente en la constitución, pues la norma legal ya existe” (2008, p. 445).

En suma, que, así como puede surgir una responsabilidad por el incumplimiento de una obligación impuesta por la ley, también puede surgir una responsabilidad por el incumplimiento de una obligación impuesta por la Constitución, incorporada al contrato o no, como se expresó arriba; y que la diferencia entre ambas consiste solo en la jerarquía de la norma que establece tal obligación y las acciones específicas que al respecto concede dicha jerarquía.

En este sentido, es forzoso concluir que, desde una perspectiva sustantiva no tuitiva en el régimen general de las obligaciones, el uso de la categoría *ex constitutione* tampoco representa un aporte para el ordenamiento jurídico colombiano.

### 3.2.2 El aporte de la Sentencia C-1141 de 2000

En la Sentencia C-1141 de 2000, la Corte Constitucional expone varias ideas que denotan una preocupación por la protección efectiva del consumidor, del que finalmente se sigue un denodado impulso hacia la superación de la separación de los dos regímenes de responsabilidad.

Tal como lo he mostrado, lo expuesto por la sentencia no conlleva una tercera forma de responsabilidad, ajena a la diáda contractual y extracontractual, sino que, por el contrario, se inserta en la bifurcación de tal manera que establece una comunicación directa entre los dos extremos y genera una tendencia hacia un sistema único de responsabilidad.

En efecto, la Corte afirma que la responsabilidad por producto defectuoso

[...]puede (...) ser deducida por el consumidor (...), con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con [el productor y/o el distribuidor]. En este sentido, las garantías atingentes a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquirente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores y usuarios. (Corte Constitucional, 2000)

Ya he probado cómo el problema avistado aquí por la Corte es fácilmente resoluble desde la aplicación de las reglas de responsabilidad civil; sin embargo, no es posible dejar de notar el esfuerzo conceptual que se hace para intentar liberar el surgimiento de la obligación resarcitoria de la camisa de fuerza que la dualidad

del sistema de responsabilidad le significa y que, efectivamente, puede poner en riesgo la efectividad de una pretensión sustantivamente legítima.

Posteriormente, señala que:

Se puede afirmar, sin vacilación, que en lo que atañe a la conformación de los elementos reactivos del derecho del consumidor, el papel del legislador –por ende el campo de su libertad configurativa–, no consiste en eliminar la responsabilidad del productor en razón de la calidad de sus productos o servicios, sino en determinar los procedimientos más idóneos para hacerla efectiva. (Corte Constitucional, 2000)

Es decir, que la actuación legislativa en torno a la responsabilidad del productor, debe atender a los postulados tuitivos del derecho del consumidor, no solo evitando que se le pueda restringir o aniquilar su derecho al resarcimiento, sino, sobre todo, buscando la mayor efectividad procesal para ello.

La Corte asume que, para lograr tal efectividad procesal, lo que se debe intervenir es el régimen de responsabilidad aplicable, en el sentido de que:

El productor profesional produce para el mercado, se beneficia del mercado y debe responder ante el mercado. En este caso, el mercado está constituido por los consumidores y usuarios. La responsabilidad de mercado –secundada por la Constitución y la ley–, no contractual, acredita la reivindicación igualitaria que ha querido la Constitución introducir bajo el concepto de consumidor o usuario (Corte Constitucional, 2000).

Ya me he referido a las limitaciones de esta interpretación de la Corte; sin embargo, acierta en la lectura económica y moral del asunto en cuanto a la asimetría, la relación de empresa y masa –mercado–, y la reivindicación igualitaria como valor preponderante del espíritu de la Constitución.

Sobre esa base, la Corte dice que la interpretación adecuada del entorno normativo al respecto es

[...] aquella que combina el esquema tradicional de la responsabilidad entre las partes inmediatas del contrato, con la que le permite al consumidor o usuario final de un producto o servicio, adicionalmente, alternativamente, subsidiariamente o directamente demandar al productor, sea este o no parte del respectivo contrato, se superan las contradicciones con el texto constitucional y se avanza una interpretación que responde al principio superior de adecuada defensa del consumidor. Si son varios los demandados –distribuidores y productor–, compete desde luego al juez, en los

términos de la ley, establecer y graduar la responsabilidad que grava a cada uno de estos sujetos. (Corte Constitucional, 2000)

Interpretación exigida por la Corte que, de hecho, encuentra adecuada respuesta en lo expuesto en el acápite anterior, en relación con la cesión de las garantías contractuales y la viabilidad de la acción extracontractual frente al productor.

Empero, más allá de este asunto, es notable que la Corte se aparte de la posición doctrinal que sostiene la necesaria separación de los dos regímenes de responsabilidad, y se incline por la posición de su unidad.

Esta es una posición que considero acertada, sin perjuicio de que el fundamento de la Corte sea valorista, y no la atención debida a la jerarquía normativa en que se inserta el contrato, como se expuso con anterioridad.

Sin perjuicio de ello, la Corte puntuiza que:

Las garantías del fabricante, de este modo, se extienden frente al universo de los consumidores, con independencia de la existencia de un contrato directo [!] con aquel. Por lo que respecta a la responsabilidad por el hecho ilícito vinculado con la puesta en circulación de productos defectuosos, se mantiene el rigor de esta institución que obliga a responder al productor no solamente frente al adquirente inmediato, sino frente a todos los siguientes que en su condición de consumidores pueden sufrir un perjuicio por ese concepto. De otro lado, en atención del principio que postula la adecuada defensa del consumidor, este recupera plena autonomía procesal para actuar liberado de la mediación paternalista de los sujetos que participan en la cadena de comercialización, con lo cual se asegura su efectivo acceso a la justicia y se conserva **el rol activo y autónomo que la Constitución reserva a los consumidores** y a sus organizaciones **para promover el cumplimiento de sus derechos** y la garantía de sus intereses legítimos. (Resalto fuera de texto) (Corte Constitucional, 2000)

Todo esto dentro del marco inicial, en el que se contempló que:

La responsabilidad del productor y del distribuidor surge *ex constitutione* y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. (Corte Constitucional, 2000)

He expuesto ya cómo los derechos y obligaciones establecidos *ex constitutione*, tanto como los establecidos *ex lege* en sentido formal y material, son susceptibles de aplicación en el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual; y

cómo esa aplicación es indiferente al factor atributivo de responsabilidad –objetivo o subjetivo–; y cómo es transversal también al tipo de régimen probatorio que se aplique a este último factor –culpa probada o presunta–.

En este entorno, solo una consecuencia valiosa y significativa se deriva del uso que ha hecho la Corte Constitucional de la categoría *ex constitutione* como fuente de las obligaciones y derechos en materia de protección al consumidor, sobre la base de los valores que esa Corporación trae a colación para proponerla en la Sentencia C-1141 de 2000: que la posibilidad que tiene el consumidor para ejecutar sus derechos jurisdiccionalmente, “con independencia de la existencia o no de un contrato”, implica que en el ejercicio de la acción correspondiente, tiene derecho a reclamar y recibir el nivel más elevado de protección de que disponga, en las circunstancias específicas de la situación jurídica que le vulnera, sin consideración a restricciones relativas a que una institución pertenezca a un régimen o al otro.

Es decir, que el derecho del consumidor es un derecho de mínimos establecidos en el régimen general de las obligaciones y en el régimen general de responsabilidad, y que, de esta suerte, podrá aquel basarse en normas contractuales o extracontractuales a discreción, según más le protejan, así como en las cláusulas explícitamente incorporadas al contrato –de haberlo–, en tanto que esta “ley” particular e *inter partes* le ofrezca, por lo menos, el mismo nivel de protección que implícitamente le es otorgado por la legislación vigente al momento de su suscripción.

En últimas, con la responsabilidad *ex constitutione*, la Corte Constitucional ha sentado las bases para el desarrollo de la tendencia unificadora de los regímenes de responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano.

### 3.2.3 La búsqueda de la unificación de la responsabilidad

La perspectiva doctrinal y jurisprudencial que mantiene la dualidad en materia de responsabilidad, encuentra también notables detractores, entre los que destaca el profesor Guillermo Ospina Fernández, quien, al respecto, explica:

[...]la doctrina tradicional de los civilistas ha pretendido establecer una dicotomía en la institución general de la responsabilidad, dividiéndola en dos sectores diferentes y que supuestamente estarían sometidos a un régimen jurídico también diverso.

(...)

nuestra jurisprudencia, sin mayor análisis, viene afirmando que la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones (mal llamada contractual) se rige por las reglas del título XII, al paso que la aquiliana (llamada extracontractual) se gobierna por la preceptiva del título XXXIV, cuando lo cierto es que en ambos títulos se encuentran normas aplicables indistintamente en toda hipótesis de responsabilidad (...). (Ospina, 2008, p. 89)

Acto seguido, exemplifica su posición, e indica:

Así, por ejemplo, resultaría extravagante afirmar que a la responsabilidad aquiliana (...) no le serían aplicables, por estar contenidas en el título XII, reglas como (...) la exoneración (...) por el caso fortuito; la apreciación del daño emergente y del lucro cesante (...); la exclusión de los perjuicios indirectos (...). [Y] mal podría excluirse de la responsabilidad [contractual] (...) la apreciación de la culpa del acreedor para la determinación del *quantum* de la indemnización (...), o las que atribuyen responsabilidad por los hechos de los dependientes (...). (Ospina, 2008, p. 89)

De esta manera se evidencia que, a pesar del esfuerzo jurisprudencial y doctrinal por mantener separados los dos regímenes de responsabilidad, en la práctica estos se mezclan y entrecruzan, aplicándose las instituciones de cada uno en el otro, según las necesidades jurídicas y fácticas exijan.

Al respecto, Córdoba ha dejado claro que:

[H]oy en día es pacíficamente aceptado que las normas de uno y otro título son aplicables a las dos instituciones (responsabilidad contractual y extracontractual), cuando es pertinente hacerlo, según el caso, y que la intención del legislador no fue la de consagrar dos regímenes distintos para las dos instituciones en estos dos títulos (2004, pp. 42-43).

Las reglas de cada uno de los regímenes de responsabilidad son directamente aplicables al otro, por lo que no quedaría diferencia ni frontera ontológica entre ambos sectores, se confundirían de forma definitiva, para formar un régimen único de responsabilidad civil. En un escenario semejante, la responsabilidad *ex constitutione* no es más –y tampoco menos– que la afirmación vanguardista de una lenta pero inexorable tendencia de la doctrina privatista unificadora.

Se alza, sin embargo, la inquietud planteada por Tamayo, anteriormente referida, en el sentido de que la unificación total del régimen de responsabilidad no puede admitirse, por cuanto desembocaría en un desconocimiento de las obligaciones contractualmente establecidas, pues se daría al contratante incumplido la

posibilidad de acogerse, no ya a lo que él mismo estipuló en su contrato, sino a las normas extracontractuales cuando estas le resulten más favorables, lo cual sería injusto y generaría inseguridad jurídica (Tamayo, 2007, p. 182).

Sin embargo, la situación descrita por Tamayo, no entraña el peligro por él avistado, porque, en realidad, la naturaleza de la responsabilidad en uno y otro régimen no varía, pues

una persona es civilmente responsable cuando resulta obligada a reparar el perjuicio sufrido por otro.

Es posible que el perjuicio materia de la indemnización emane de un hecho cualquiera, realizado sin que exista un contrato entre el civilmente responsable y la víctima o, por el contrario, provenga del incumplimiento de un contrato. (2009, p. 22)

En efecto,

[...]no hay diferencias fundamentales entre los dos órdenes de responsabilidad civil. Si existen diferencias, son accesorias. [De hecho], tienen idéntica fuente, naturaleza y contenido, están sometidas a los mismos principios rectores y producen los mismos efectos, [al punto de que] en todos los casos de responsabilidad se encuentra una estructura similar: perjuicio, hecho generador y relación de causalidad. (Tamayo, 2009, p. 351).

Considerando lo anterior a la luz de la integración del contrato en la jerarquía normativa, *ut supra dixi*, se evidencia que el pacto de normas específicas *inter partes* no comporta problema alguno respecto de la unificación de los dos regímenes, pues la responsabilidad, en tanto que relativa a la obligación indemnizatoria, se desprende de la afectación de un derecho, y solo puede surgir como una suerte de compensación o reemplazo pecuniario (Ospina, 2008, pp. 91- 92), que por ello se circunscribe a los términos, naturaleza y alcance del derecho que pretende compensar, sin importar cuál sea su fuente específica.

Por tanto, la necesidad de la diferenciación entre los dos regímenes de responsabilidad queda sin sustento, pues su ausencia nada cambia en términos de sujeción a las reglas del contrato para quienes participan en él, ni la sujeción a las reglas legales para quienes no tienen un contrato, de la misma forma que ante la presencia de un vínculo contractual, la ley entra a suplir lo que las partes no hayan determinado e, incluso, a corregir aquello que se haya determinado *contra legem*.

En este escenario es completamente comprensible que con el pasar del tiempo las instituciones propias de cada uno de los regímenes, se hayan ido extendiendo en la práctica judicial hasta abarcar situaciones ocurridas del otro lado, sin que esto resulte problemático cuando se admite que no existen dos responsabilidades sino una sola, con la misma naturaleza, la misma estructura y las mismas consecuencias, con las solas diferencias que en cada caso concreto surjan de una fuente material distinta.

Las obligaciones *ex constitutione* son normas que se incorporan al contrato en caso de haberlo, y que pueden operar también en su ausencia, con la particularidad de que, tratándose de regímenes tuitivos –como el de consumo o el laboral–, tales normas serán muchas veces imperativas, por lo que la libertad de configuración del *legislador contractual* estará altamente limitada.

En consecuencia, y corroborado que la responsabilidad *ex constitutione* en materia de consumo solo comporta una mención expresa de la apertura doctrinal a la aplicación indistinta de las normas de ambos regímenes de responsabilidad de forma unificada, se constata, por contera, que aquella es solo el umbral hacia la aceptación jurisprudencial generalizada de un régimen único de responsabilidad en todo el ordenamiento jurídico privado de nuestro país.

## CONCLUSIONES

“[L]a precisión, la tendencia a la univocidad y el carácter monorreferencial” (Gaik, 2015, p. 1) son aspiraciones de esencial importancia para el derecho, que chocan constantemente con la apabullante realidad lingüística, pues no solo se dan los casos difíciles por cuenta de la “textura abierta del derecho, [en tanto que] dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales” (Hart, 1998, p. 153), sino que, de hecho, “muy pocas veces [el derecho] cumple con las cualidades como la claridad o la exactitud (...) [dados] los fenómenos de polisemia y sinonimia” (Gaik, 2015, p. 1). Esta realidad se acentúa, cuando las Cortes eligen utilizar expresiones sin atender a la fuerza semántica que les corresponde por su naturaleza.

Así pues, he expuesto cómo la expresión *ex lege* la utiliza la doctrina como sinónima de la expresión *objetiva* utilizada para adjetivar cierto tipo de responsabilidad –habiendo sido también la expresión *responsabilidad objetiva* tan de difícil definición por nuestro derecho– y como sinónima de *extracontractual*, mientras que las Cortes se decantan por su utilización en este último sentido.

Se ha visto cómo se usa la expresión *responsabilidad ex lege* para referirse a *obligaciones establecidas por la ley*, confundiendo la *responsabilidad* en cuanto

categoría relativa a la indemnización, con la *obligación primaria* en cuanto medio de asignación de derechos.

En este sentido, se ha hecho patente que la expresión *responsabilidad ex lege* de continuo uso por las Cortes, suele referirse o bien a *obligación ex lege* –en oposición a obligación contractual– o a *responsabilidad por incumplimiento de obligaciones ex lege*, queriendo decir con esto *responsabilidad extracontractual*.

También se ha mostrado que la expresión *ex lege*, en su más estricto sentido semántico, solo significa *proveniente de la ley* o *establecido por la ley*, sentido en el cual las obligaciones *ex lege* son las que la ley establece y tienen la virtud de entenderse incorporadas al contrato, cuando lo haya, bien sea como normas supletorias o bien como normas imperativas.

Lo anterior, además, ha permitido entender que las obligaciones *ex lege* no están restringidas por ninguna de las diádicas planteables en materia de responsabilidad, como contractual y extracontractual, objetiva y subjetiva o de culpa probada y culpa presunta.

Ahora bien, la expresión *ex constitutione* en el ámbito de las garantías por producto defectuoso en materia de protección al consumidor, se planteó como adjetivo de un tipo de responsabilidad que surgía al margen de la existencia de un negocio jurídico entre el consumidor víctima por un lado y, por otro, el productor o un distribuidor con el que aquél no tuviera relación contractual de ningún tipo.

En efecto, el planteamiento de la responsabilidad *ex constitutione* en la Sentencia C-1141 de 2000 pretendía superar la imposibilidad de persecución al productor por parte de un subadquirente, dada la ausencia de relación entre ambos. Sin embargo, ya la doctrina privatista había respondido a esta dificultad con la cesión de las garantías y con las acciones extracontractuales correspondientes, dejando al consumidor afectado incluso en la capacidad de acumular u optar entre ambas acciones, por lo que he afirmado que no hay una mejora jurídica real por cuenta de llamar *ex constitutione* a la responsabilidad que surge en materia de consumo.

A lo que se suma que la Corte en la misma sentencia se refirió a los derechos establecidos *ex constitutione* y *ex lege* utilizando ambas expresiones en el sentido semántico que les es propio, es decir, derechos establecidos por la Constitución o derechos establecidos por la ley, sin que hubiera entre ellos divergencia distinta a la posibilidad de acudir a acciones específicas en materia constitucional, como la acción de tutela.

En efecto, algunos derechos constitucionales como los laborales, cuando corresponde, se entienden incorporados al contrato y se rigen, sin perder su categoría *ex constitutione*, por las lógicas del contrato. No existe razón constitucional que permita afirmar que en materia de protección al consumidor deba ser de otra manera.

En todo caso, la expresión *ex constitutione* que eligió la Corte Constitucional en su esfuerzo argumentativo, no impide avistar lo que, más allá de la expresión en sí, pretendía manifestar la Corte: que en materia de protección al consumidor las fronteras entre el régimen contractual y el régimen extracontractual no aplican.

Por tanto, el gran aporte de la Sentencia C-1141 de 2000 es la acogida expresa de la tendencia privatista que ha sostenido la unidad ontológica de ambos regímenes de responsabilidad, y la aplicación indiferenciada de sus correspondientes instituciones, sin perjuicio de la sujeción al marco jurídico que a cada relación corresponda.

Y es que temer a la visión unificada, porque se puede quebrantar la autonomía de la voluntad privada, es tanto como temer que la responsabilidad surgida del incumplimiento de una obligación legal en sentido material y formal impida que los departamentos emitan ordenanzas y los municipios acuerdos, dentro del marco de la competencia que a cada uno corresponde, toda vez que no es otra cosa la que ocurre, aunque a un nivel inferior, entre los contratantes.

Finalmente, este pequeño paso de la Corte Constitucional puede ser un salto gigantesco para todo el ordenamiento jurídico nacional, que nos conduzca a una aceptación generalizada y armónica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de un régimen único de responsabilidad en el ámbito del derecho privado.

## BIBLIOGRAFÍA

Arrubla, J. A. (2008). *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Córdoba, L. A. (2004). *¿Tiene el empleador alguna herramienta jurídica que le permita exigir al trabajador particular el resarcimiento o reparación de los perjuicios que éste cause con ocasión de las relaciones laborales?* Bogotá: Universidad Javeriana (Tesis de Grado).

Congreso de Colombia. Consejo Nacional Legislativo. (15 de abril de 1887). *Ley 153: por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887, DO 7151 y DO 7152.*

Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia.

Corte Constitucional. (30 de agosto de 2000). *Sentencia C-1141*. [M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (23 de mayo de 2003). *Sentencia T-423*. [M. P.: Eduardo Montealegre Lynett].

Corte Constitucional. (11 de junio 2003). *Sentencia C-485*. [M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (9 de diciembre de 2003). *Sentencia C-1201*. [M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra].

Corte Constitucional. (8 de noviembre de 2006). *Sentencia C-927*. [M. P.: Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional. (23 de enero de 2008). *Sentencia C-035*. [M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (26 de mayo de 2010). *Sentencia C-402*. [M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (9 de diciembre de 2010). *Sentencia C-1008*. [M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (10 de septiembre de 2013). *Sentencia C-621*. [M. P.: Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional. (23 de junio de 2015). *Sentencia T-377*. [M. P.: Alberto Rojas Ríos; junio 23 de 2015].

Corte Constitucional. (7 de marzo de 2017). *Sentencia T-150*. [M. P.: María Victoria Calle Correa].

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (29 de abril de 2005). *Expediente 0829-92* [M. P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo].

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (27 de junio de 2007). *Expediente 73319-3103-002-2001-00152-01*. [M. P. Edgardo Villamil Portilla].

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (Primero de julio de 2008). *Expediente 2001-00803-01*. [M. P.: William Namén Vargas].

- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (13 de mayo de 2010). *Expediente 73319-31-03-002-2001-00161-01*. [M. P. Edgardo Villamil Portilla].
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. (30 de agosto de 2011). *Expediente 11001-3103-012-1999-01957-01*. [M. P. William Namén Vargas: agosto 30 de 2011].
- Corte Constitucional. (30 de agosto de 2014). *Sentencia C-1141*. [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (10 de noviembre de 1999). *Sentencia C-893*. [M. P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional. (6 de mayo de 1998). *Sentencia SU-182*. [M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo].
- Díaz-Granados, J. M. (2006). *El seguro de responsabilidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Gaik, M. (2015). La polisemia y la sinonimia en el lenguaje jurídico. Estudio comparativo Español-Polaco. (U. d. Murcia, Ed.) *Tonos Digital. Revista de Estudios Filológicos* (29), 1-16.
- Hart, H. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abledo Perrot.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones, T. I.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho*. México D. F.: Universidad Autónoma de México.
- López Mesa, M. (2009). *Elementos de la responsabilidad civil*. Medellín: Pontificia Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Diké.
- Mir, J. M. (1950). *Diccionario Ilustrado Latino-Español / Español-Latino*. Barcelona: Publicaciones y Ediciones Spes.
- Ospina, G. (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Peterson, J. (1999). *Maps of meaning: the architecture of belief*. Nueva York: Routledge.
- Quintano, A. (1963). Responsabilidades civiles *ex delicto* y *ex lege*. *Anuario de Derecho Civil*, 3, 631-640.

Ripert, G. (1946). *La regla moral en las obligaciones civiles*. Bogotá: Librería y Editorial La Gran Colombia.

Rodríguez, M. (2017, junio). Concepto y alcance de la responsabilidad objetiva. *Revista de Derecho Privado* (56), 1.

Shina, F. (2014). *Daños al consumidor*. Buenos Aires-Bogotá: Editorial Astrea-Universidad de la Sabana.

Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. (Vol. 1). Bogotá: Legis.

Tamayo, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Velásquez, O. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis-Universidad de la Sabana.

# Entre la norma y la justicia: excepciones al debido proceso

## Between the norm and justice: exceptions to due process

*Carlos Manuel Rosales\**

---

**Fecha de recepción:** 12 de enero de 2019

**Fecha de aceptación:** 25 de julio 2020

---

### RESUMEN

En este trabajo se presentará un tema que pretende demostrar los casos en que el debido proceso puede ser soslayado para tutelar el derecho de una persona a la justicia. En este sentido, se hace dúctil el principio de legalidad e incluso de constitucionalidad, si se requiere administrar una justicia expedita. Por lo que se analizará el fundamento de las partes o del juzgador para esta posibilidad.

**Palabras clave:** debido proceso, constitucionalidad, legalidad, justicia.

### ABSTRACT

In this work one will present a topic that tries to demonstrate the cases in which the due process can be ignored, for tutelary a right to a person in altars to reach justice. In this respect, the beginning of legality becomes ductile and enclosed of constitutionality if it is needed to administer a prompt justice. By what this theme will be analyzed for this possibility on the part of the parts and / or of the judge.

**Keywords:** Due process, constitutionality, legality, justice.

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg. Magíster y Doctorado en la Universidad de Chile. Docente de la Universidad Autónoma de México Correo: cmr268@yahoo.com

## INTRODUCCIÓN

**A**partir de la libertad con la que cuentan los contratantes, en que podrían convenir no considerar ciertos derechos (como la jurisdicción), y por otra parte, la prerrogativa judicial de no seguir un procedimiento como lo indica la norma (por ejemplo, la entrevista en casa de menores y no un interrogatorio) o que si bien se realice un acto con apego al debido proceso, este podría violentar un derecho fundamental (como en el caso de la clasificación de documentos del gobierno, y que la autoridad estime que esa discrecionalidad ha conculado el derecho a la información). Este trabajo examinará la excepción en materia de debido proceso para que la autoridad proteja los derechos de la contraparte. Pero queda un espacio para plantearse que si no se realiza el debido proceso o se violenta el derecho (adjetivo o sustantivo) qué tan válido será ese proceso que pretende administrar justicia. A modo de ejemplo se presentarán diversos asuntos en los que el debido proceso puede ponerse en segundo plano, si la autoridad jurisdiccional considera que es imprescindible para que haya una tutela efectiva.

El objetivo de este artículo es reconocer que hay un espacio en el que la autoridad puede no seguir de manera estricta un proceso, si se pudiera ocasionar un daño y con esto garantizar un mejor acceso a la justicia y la legitimación del poder judicial.

Para finalizar, este trabajo presentará un conjunto de conclusiones con las ideas principales de este tema.

88

## UNA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN NO RIGORISTA DE LA NORMA

Lo primero que se debe hacer es otorgarle sentido y objeto al debido proceso, porque como se trata de una institución de aplicación judicial se ha considerado estudiarla por medio de la jurisprudencia.

La jurisprudencia colombiana en la Sentencia C-341 de 2014 define el derecho al debido proceso como:

El conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. (Corte Constitucional, 2014)

Además, la Corte Constitucional colombiana ha dicho en la Sentencia T-458 de 1994 que el debido proceso es un derecho y como tal “es el conjunto de garantías que buscan asegurar al ciudadano que ha acudido al proceso, una recta y cumplida administración de justicia y la debida fundamentación de las resoluciones judiciales”.

El debido proceso posee una estructura compleja que contiene diversos principios, normas y reglas, tal como lo advierte la Sentencia C-341 de 2014:

Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) el derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) el derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas. (Corte Constitucional, 2014)

El debido proceso puede ser comprendido como un conjunto de garantías y, por otro lado, como un derecho. Esto significa que está compuesto por diversos principios, normas y reglas para que se infiera que solo hay debido proceso, si se respetaron todos sus elementos. Visto como un derecho, es un instrumento que sirve para defender la suma de todos los que contiene, que posee la cualidad de reestablecer la seguridad y la tutela efectiva, es decir, que es una de las maneras como se puede visualizar o manifestar el Estado de derecho.

Sin embargo, puede haber excepciones al debido proceso. Dicho en otros términos: ¿Se puede dejar de cumplir algún principio, norma o regla sin violar el debido proceso? ¿Atentaría contra la legalidad del justiciable, convirtiéndolo en víctima? ¿Es posible ser parcial, sin afectar la resolución de la causa? ¿Se genera una responsabilidad por no realizar el debido proceso, si está justificada esa determinación? ¿Cómo se inutiliza la legalidad en un caso especial? Estas son algunas de las preguntas que dirigen esta investigación.

Lo que se debe advertir en primera instancia es que la norma es general, inalienable y coercible. Procede de un acto del legislativo que representa la voluntad delegada en una democracia. Su objeto social es la armonía, la paz, la seguridad, la justicia, el bien común, entre otros. Por lo que el valor de la norma es intrínseco, porque ella materializa los fines de cada sociedad. Ahora, la norma es un producto racional que permite la construcción de un andamiaje normativo social.

Un derecho puede ser “racional” en muy diversos sentidos, de acuerdo con las diferentes direcciones de racionalización seguidas por el desenvolvimiento del pensamiento jurídico. Primeramente, en el sentido del proceso mental más simple en apariencia: la generalización, que en este caso significa reducción de las razones determinantes de la solución del caso especial a uno o varios ‘principios’, los ‘preceptos jurídicos’ (...). De acuerdo con nuestra manera actual de pensar, la tarea de la sistematización jurídica consiste en relacionar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claro, coherente y, sobre todo, desprovisto en principio de lagunas, exigencias que necesariamente implica la de que todos los hechos posibles pueden ser subsumidos bajo alguna de las normas del mismo sistema, pues, de lo contrario, este carecería de su garantía esencial (...). Un derecho es “formal” cuando lo jurídico material y lo jurídico procesal no tienen en cuenta más que características generales, “únivocas” de los hechos. (Weber, 1964, pp. 510-511)

Por lo que respecta a la excepción a la norma es un mecanismo que trata de salvaguardar un derecho o un bien tutelado. La excepcionalidad puede suceder de acuerdo con los siguientes supuestos: 1) que la misma normatividad indique los casos previstos en que la generalidad de la norma no se aplica, 2) que las partes lo convengan y 3) cuando a juicio de la autoridad se deba proteger un derecho, aunque se violente la normatividad en aras de tutelar otro derecho (Rosales, 2017, p. 229). Aquí la ponderación se vuelve primordial para que se considere qué principio, norma o regla debe prevalecer. Entonces, existen dos mecanismos para generar alguna excepción a un derecho: una de tipo positivo y otra de protección, que requerirá su motivación o justificación. Por ejemplo,

en las excepciones positivadas la norma señala quiénes son inimputables en materia penal y se provee un espacio para no instrumentar la generalidad de la ley. En el caso convencional se pueden pactar excepciones en los arbitrajes, cuando las partes renuncian de común acuerdo a algún derecho o procedimiento para solucionar sus conflictos jurídicos. Otro, en un caso penal, una autoridad modificó la forma de ejecución del interrogatorio a una víctima de un delito, aunque el acusado tenía el derecho a carearse con la persona que lo acusaba directamente. Con lo anterior hizo prevalecer en una valoración el derecho fundamental de la seguridad de la víctima, que es preponderante sobre la facultad legal para realizar este mecanismo probatorio.

Más que salvaguardar el Estado de derecho la naturaleza de la excepción tiene por objeto validar la legitimidad de existencia del Estado y permitir que las partes o a la autoridad busquen una solución que sea de conformidad mutua u otorgar justicia, más que legalidad (Vázquez, s. f.).

Schmitt (1998) afirma que la excepción es más importante que la regla, ya que la regla no prueba nada y la excepción lo prueba todo: no solo confirma la regla sino también su existencia que deriva solo de la excepción. (p. 13)

Asimismo, se puede comprobar que la excepción no solo pone a prueba al derecho positivo sino que permite reevaluar el valor y sentido de las instituciones públicas y el papel de las autoridades para la protección de sus derechos.

Detrás de este intento para superar el problema planteado al legalismo formal por la democracia de masas y el capitalismo, quedaba sin embargo flotando en el ambiente un sabor extraño, a saber, la supuesta perfección del derecho formal y su capacidad por resolver conflictos y constituir así una sociedad bien ordenada. La Teoría Crítica en este punto era fiel a la tradición ilustrada y consideraba que las reglas formales no requerían de mayores aspavientos ni cavilaciones para demostrar su eficacia *per se*. Es decir, que solo se necesitarían reglas determinadas para sortear todos los problemas planteados –léase conflictos– y así los jueces tendrían ante ellos reglas claras, sin ambigüedades, y fácilmente interpretables. (Hernando, 2001, p. 175)

El debido proceso, como derecho fundamental, no se agota en el principio de legalidad. En clave constitucional apunta a que el procedimiento aplicable sea compatible con la Constitución y a que el desarrollo del procedimiento sea administrativo o judicial, se respeten las garantías que permiten calificar dicho procedimiento de justo (en particular, juez natural, carácter público del procedimiento, derecho de defensa, derecho a controvertir las pruebas y doble instancia en materia penal). De lo anterior se desprende que no toda violación

del procedimiento legal implica violación del derecho fundamental al debido proceso (Sentencia T-116 de 2004).

Es importante mencionar que la casación no puede confundirse con la acción de revisión, aunque ambas sean medios de impugnación extraordinarios, pues en la primera se cuestiona la juridicidad del fallo, es decir, la estricta observancia de la ley y la Constitución, y en la segunda se cuestiona la decisión judicial porque la realidad allí declarada no corresponde a la verdad objetiva o real, debido al surgimiento de hechos nuevos que no se conocieron durante el trámite del proceso y que, necesariamente, inciden en ella, tal como se advierte en la Sentencia C-252 de 2001.

Los problemas prácticos de la administración de justicia no pueden solucionarse con el sacrificio de los derechos fundamentales de las personas. Y en caso de presentarse conflicto entre un derecho fundamental e inalienable de la persona humana, y la conveniencia de adecuar una institución a objetivos prácticos alcanzables de otro modo, sin duda ha de prevalecer la garantía del primero. Para ambos objetivos prácticos debe haber remedios adecuados que no resulten violatorios de los derechos fundamentales y del ordenamiento superior. (Corte Constitucional, 2001)

Por ejemplo, en esa misma sentencia se afirma que dentro del campo de las actuaciones administrativas “el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas sino que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional, 2001). Efectivamente, las actuaciones de la administración son esencialmente regladas y están sujetas a dicho principio de legalidad. Su poder de actuación y decisión no puede utilizarse sin que exista una expresa atribución competencial; de no ser así, se atentaría contra el interés general, los fines esenciales del Estado y el respeto a los derechos y las libertades públicas de los ciudadanos vinculados con una decisión no ajustada a derecho.

En cualquier clase de proceso que desarrolle la administración, en ejercicio de su actividad y en la que involucre a un particular, deberá de tener en cuenta los pasos y procedimientos pre establecidos en cada tipo de proceso y que estos se deben agotar a fin de tomar una decisión, sea esta judicial o administrativa. Por ello, el derecho sustancial involucrado en la decisión que toma la autoridad debe estar permanentemente acompañado y respaldado por un procedimiento y unas formalidades preexistentes que permitan su vigencia, pues dicho trámite agiliza y da transparencia a la actuación de la autoridad permitiendo la búsqueda del orden. Solo así se verá protegido. Esto se evidencia en la Sentencia T-383 de 2000:

La transgresión que pueda ocurrir de aquellas normas mínimas que la Constitución o la ley establecen para las actuaciones procesales, como formas propias de cada juicio, atenta contra el debido proceso y desconoce la garantía de los derechos e intereses de las personas que intervienen en el mismo. De esta manera, logra ignorar el fin esencial del Estado social de derecho que pretende brindar a todas las personas la efectividad de los principios y derechos constitucionalmente consagrados, con el fin de alcanzar la convivencia pacífica ciudadana y la vigencia de un orden justo. (Corte Constitucional, 2000)

Sin embargo, la violación del derecho al debido proceso no solo puede predicarse del incumplimiento de una determinada regla procesal; también ocurre por virtud de su ineeficacia para alcanzar el propósito para el que fue concebida. Así, en la medida en que el derecho sustancial prevalece sobre las formas procesales, como mandato que irradia todo el ordenamiento jurídico y, muy especialmente, las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, es que las formas procesales que la rijan deben cumplir con los propósitos de protección y realización del derecho material de las personas y con la verdadera garantía de acceso a la administración de justicia. Con ello no se quiere significar que los funcionarios encargados de conducir el respectivo proceso inobserven sin discriminación las reglas de procedimiento legalmente establecidas. Por el contrario, estas deben aplicarse con estricto rigor en la medida de su eficacia para realizar los derechos e intereses de las personas, so pena de convertir en ilegítimos los actos efectuados sin su reconocimiento. “Las normas pueden tener diversos propósitos y si tenemos una situación empírica nueva para la cual la norma podría servir, también entonces podemos sembrar una indeterminación en caso de que los propósitos sean contradictorios” (Hernando, 2001, p. 176).

Por lo que la violación al debido proceso está justificada dependiendo del caso específico. Sin olvidar que si se soslaya el debido proceso es porque se está tutelando un bien superior o el mayor beneficio no solo a la persona agraviada sino a la sociedad.

## **EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBIDO PROCESO COMO MECANISMO REIVINDICATIVO DE JUSTICIA**

El debido proceso como parte del patrimonio de una persona permite que la acción del Estado o de otra persona esté delimitada. Es, además, un bien jurídico que le brinda seguridad, una tutela efectiva y su desarrollo personal (Universidad de Navarra, s. f.). “Los bienes jurídicamente tutelados son los protegidos por el Estado bajo su tutela plasmado en el derecho positivo. Las

leyes consideran como bienes jurídicos a los siguientes: la vida, la libertad, los derechos, la propiedad" (UNED, 2014).

Con el bien jurídico tutelado se determina cuál es la protección que el Estado pretende otorgar a los derechos, a la luz de la clasificación de las conductas que se consideran contrarias a derecho, determinando la correcta impartición de justicia (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012).

Es indudable que violar un procedimiento o un derecho produce un agravio, pero, por otro lado, en los casos difíciles, se debe ponderar en conjunto y resolver conforme a justicia. Lo que se pretende postular en este apartado es que la violación intencional de un proceso puede producirse no para generar una parcialidad, sino para proteger a una persona y establecer la importancia de la justicia. Lo que se consigue reivindicando los derechos de la otra persona que se encuentra en desequilibrio con la otra o que siente que la decisión daña sus derechos o que de manera consensuada las partes convengan no llevar un proceso legal, sino un proceso que les sea más cómodo, expedito y útil.

El incumplimiento del debido proceso puede ser determinado por las partes o por una autoridad que tutelará, ya sea la voluntad plasmada en un convenio o contrato, o por la decisión de que por las circunstancias del proceso es debido y permitido en uso de sus facultades el no dirigir el proceso como se indica en la normatividad, sino que en uso de esa facultad discrecional, la autoridad reconoce la desigualdad o la violación de un derecho a una de las partes y, por tanto, su participación se vuelve fundamental, para que se tenga un proceso más justo.

La autoridad pasa de la continuidad razonable a un ejercicio racional en el que determina que el procedimiento o el derecho de una de las partes está siendo vulnerado, haciendo que ese actuar justo, conlleve a impartir una justicia más concreta, directa, prístina y honesta.

La reivindicación de la justicia toma en esta clase de negocios un valor especial. Se enhiesta el valor de las instituciones y otorga legitimidad a las autoridades, que reconocieron aquel óbice para continuar un debido proceso, en que la legalidad fue abordada por el sentido de justicia. Por ejemplo, en el delito de fraude procesal, ¿única y exclusivamente protege como bien jurídico la impartición de justicia o también de forma adjunta el patrimonio o algún otro bien? La Suprema Corte de Justicia mexicana consideró que en esta clase de asuntos se debía resolver de la siguiente manera:

La composición estructural del delito de fraude procesal denota la evidente protección, con carácter primario, a la administración de justicia como bien jurídico tutelado. La norma penal tiene como objetivo evitar que las partes en un juicio realicen acciones que induzcan al error judicial, como la simulación de actos jurídicos y alteración de elementos de prueba, como presupuesto para generar la obtención de una resolución judicial de la que derive un perjuicio para alguien o un beneficio indebido. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012)

En este caso se puede observar que existe una contradicción entre lo que debe prevalecer, la legalidad que procedería si se reconocen ciertos actos como legales, y que podrían producir un error judicial o por el otro lado, que esos actos no deben ser considerados de buena fe, y que tienden a beneficiar a una de las partes, en desmedro del patrimonio de la otra. Aquí la actuación de la autoridad fue oportuna para reconocer que por las circunstancias del caso debía intervenir aun a costa de violentar el principio de legalidad que asistía a una de las partes, por proteger el derecho patrimonial de la otra.

La justicia material parecería subordinada a los procedimientos; no obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Colombia en la STP-2550 de 2017 ha señalado que las formalidades procedimentales son un medio para la realización de los derechos sustantivos y no fines en sí mismos.

También tiene conexión con problemas sustanciales vinculados con la aplicación preferente de la Constitución cuando los requisitos y formalidades legales amenazan la vigencia de los derechos constitucionales, tal como lo establece la Corte Constitucional en la sentencia SU-498 de 2016.

En la sentencia T-264 de 2009 la Corte Constitucional colombiana también ha indicado cuáles son los elementos que deben concurrir para que se configure el defecto procedural por exceso ritual manifiesto:

- (i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; (ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales; (iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico y (vi) que como consecuencia de lo anterior se presente una vulneración a los derechos fundamentales. (Corte Constitucional, 2009)

En el mismo sentido, la Sentencia 1306 establece:

[...] si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material.

De lo contrario se estaría incurriendo en una vía de hecho por exceso ritual manifiesto que es aquel que se deriva de un fallo en el cual haya una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales convirtiéndose así en una inaplicación de la justicia material. (Corte Constitucional, 2001)

Resulta claro que cuando se aplican rigurosamente las normas procesales y con ello se anulan derechos fundamentales se configura un defecto procedural por exceso ritual manifiesto que hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales. Entonces le corresponde al juez inaplicar la regla procesal en beneficio de las garantías constitucionales.

## UN ACTO DE MOLESTIA EN POS DE LA JUSTICIA

La jurisdicción reconoce los actos de molestia como aquellos episodios o sucesos que afectan la esfera jurídica del gobernado, que sean benéficos o favorecedores al sistema de justicia y, por tanto, a la sociedad (Pérez, 2013). Por ejemplo, una revisión corporal atentaría contra las normas constitucionales: nadie puede ser molestado en su persona sin una orden escrita de un juez que funde y motive ese acto de autoridad. Sin embargo, la norma penal y las interpretaciones judiciales han considerado que si bien se reconoce un acto de molestia, no menos cierto es que es parte de una investigación y que también es una medida que brinda seguridad al resto de la población, además de tratarse de un asunto de interés público (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 1389).

El tribunal constitucional mexicano ha determinado que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Los actos de molestia que, pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, solo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos, los autoriza, siempre y cuando preceda mandamiento escrito de una autoridad con competencia legal para ello, en la que esta funde y motive la causa legal del procedimiento. Ahora bien, para conocer si es un acto de molestia es suficiente el cumplimiento de los requisitos exigidos. La finalidad es connatural

perseguida por el acto de autoridad, o bien, si por su propia índole tiene solo una restricción provisional<sup>1</sup>.

En virtud de casos como el anterior, la Suprema Corte de Justicia mexicana define qué es un acto de molestia, sus requisitos y objetivos, si se tuviera que realizar:

De lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Federal se desprende que la emisión de todo acto de molestia precisa de la concurrencia indispensable de tres requisitos mínimos, a saber: 1) que se exprese por escrito y contenga la firma original o autógrafa del respectivo funcionario, 2) que provenga de autoridad competente y 3) que en los documentos escritos en los que se exprese, se funde y motive la causa legal del procedimiento. Cabe señalar que la primera de estas exigencias tiene como propósito evidente que pueda haber certeza sobre la existencia del acto de molestia y para que el afectado pueda conocer con precisión de cuál autoridad proviene, así como su contenido y sus consecuencias. Asimismo, que el acto de autoridad provenga de una autoridad competente significa que la emisora esté habilitada constitucional o legalmente y tenga dentro de sus atribuciones la facultad de emitirlo. Y la exigencia de fundamentación es entendida como el deber que tiene la autoridad de expresar, en el mandamiento escrito, los preceptos legales que regulen el hecho y las consecuencias jurídicas que pretenda imponer el acto de autoridad, presupuesto que tiene su origen en el principio de legalidad que en su aspecto imperativo consiste en que las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite; mientras que la exigencia de motivación se traduce en la expresión de las razones por las cuales la autoridad considera que los hechos en que basa su proceder se encuentran probados y son precisamente los previstos en la disposición legal que afirma aplicar. Presupuestos, el de la fundamentación y el de la motivación, que deben coexistir y se suponen mutuamente, pues no es posible citar disposiciones legales sin relacionarlas con los hechos de que se trate, ni exponer razones sobre hechos que carezcan de relevancia para dichas disposiciones. Esta correlación entre los fundamentos jurídicos y los motivos de hecho supone necesariamente un razonamiento de la autoridad para demostrar la aplicabilidad de los preceptos legales invocados a los hechos de que se trate, lo que en realidad implica la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento. (2003, p. 1050)

El cumplimiento de las garantías de legalidad y seguridad jurídica no se reduce a que se invoquen fundamentos de derecho a cada caso concreto sino implica que, previo a la realización del acto de molestia, se tengan en cuenta los

1 Actos privativos y actos de molestia. Origen y efectos de la distinción.

distintos ámbitos de validez de la norma, de tal modo que resulte aplicable al supuesto de hecho. Esto es, constituye un imperativo que la autoridad corrobore oficiosamente sus ámbitos material, espacial, personal y temporal de validez, salvo los casos en que el derecho esté sujeto a prueba. Así, no es válido que las autoridades, sean jurisdiccionales o administrativas, resuelvan una instancia con el argumento de que el derecho alegado no puede lesionarse por no estar vigente, pues están obligadas a resolver según el derecho aplicable a los hechos expuestos por el interesado; si no, vulneran las garantías tuteladas en la Constitución<sup>2</sup>.

Hay que considerar que la interpretación correcta de la garantía individual de legalidad, respecto de los actos de molestia, es que como requisitos imprescindibles sean efectuados por autoridad competente y que esta funde y motive la causa legal del procedimiento, lo que significa que todo acto de autoridad necesariamente debe expresar, como parte medular, los fundamentos legales que le den base jurídica al acto, pues de lo contrario adolece de incorrecta fundamentación al no invocarse el precepto normativo debido, que faculte a la autoridad para realizarlo<sup>3</sup>.

Un acto de molestia que viola el debido proceso puede darse en el caso de la participación de un abogado en un fraude procesal para provocar un error judicial. En esta clase de asuntos se impone una sanción no solo a la parte que realizó la conducta sino que además se impuso una sanción al representante legal con la suspensión del uso de su patente profesional. Y aquí se encuentra un indebido proceso: ¿En qué instante le notificaron qué había un proceso? ¿Cómo se realizó su juicio? Y acaso ¿no es arbitrario este tipo de sentencias, en que se analice la conducta del abogado, dejándolo en indefensión por la imposición unilateral de una pena administrativa<sup>4</sup>? Es preciso anotar que el juzgador está facultado por la norma para imponer este tipo de sentencias, pero hay que considerar que no hay un proceso, y menos que se condujo debidamente. También se debe considerar que no hubo ni una audiencia ni etapa de alegatos (entre otros defectos procesales), y que la resolución deja en estado de indefensión al culpable, que nunca fue procesado en este negocio.

## **ANÁLISIS DE DIVERSOS CASOS DE EXCEPCIONALIDAD EN MATERIA DE DEBIDO PROCESO (PRECEDENTES JUDICIALES)**

En este apartado se presentan algunos casos en los que la excepcionalidad al debido proceso ha creado un espacio para considerar la preponderancia de

- 2 Fundamentación y motivación de los actos de molestia o privación: constituye un imperativo que la autoridad, sea jurisdiccional o administrativa, corrobore oficiosamente los distintos ámbitos de validez de la norma, por lo que al resolver una instancia con el argumento de que el derecho alegado no puede lesionarse por no estar vigente vulnera las garantías de legalidad y seguridad jurídica.
- 3 Actos de molestia. Deben ser efectuados por autoridad competente que los funde y motive.
- 4 Contradicción de tesis 143 de 2012.

tutelar ciertos bienes jurídicos para emitir una sentencia que contenga más justicia que legalidad. En que la voluntad discrecional del juez, de no seguir rigurosamente el proceso, fue en beneficio no de unas de las partes sino para resolver con justicia y solventar las contradicciones con principios, normas o reglas; pero contemplando un sentido más social de su labor y con el objetivo de posicionar a la lógica jurídica, sobre el rigorismo legal y de suplir las deficiencias en el proceso, sin vulnerar derechos.

- Una de las fuentes principales de excepcionalidad en el debido proceso, es la que sucede a partir de que el juez de la causa pueda resolver ciertos procedimientos o un proceso conforme a principios. (Pauletti, Chapero y Esperanza, 2017)

El establecimiento de “principios” a nivel constitucional es una práctica común en la historia jurídica mundial (Alexy, 2004, p. 78). Su origen y evolución se puede apreciar desde la clásica definición de Constitución de Tucídides (Whitehead, 2003, p. 54) y en los principios emanados de las Constituciones de los Estados Unidos de América (Cox, 1998, pp-9-71) y de Francia (Cuadra, 1959), entre tantos ejemplos. Pero sobre todo hoy se puede ver que ya es algo lógico e incluso consuetudinario, el insertar “principios” a nivel constitucional (Ferrajoli, 2007, p. 209)<sup>5</sup>, por su relevancia, objetivo, utilización y jerarquía<sup>6</sup>.

El objetivo de establecer principios es que se anticipa esta conclusión: “El fin retorna después del trayecto largo y lineal, al principio” (Ferrajoli, 1995, p. 13). Entonces, se analizará qué es “principio”. Este concepto es elucidado gramaticalmente como: “Primer instante del ser, de la existencia, de la vida. Razón, fundamento, origen. Causa primera. Fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte. Máxima, norma, guía” (Canabellas, 2000, p. 359).

Dworkin lo define como una pauta que ha de observarse, porque es una exigencia de la justicia, equidad o de otro aspecto de la moral. Por lo mismo “los principios inclinan la decisión en una dirección, aunque no de manera concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan” (1995, pp. 19-22). El mismo autor afirma que “los principios son la base que construyen los sistemas jurídicos,

- 5 La primera transformación –en la estructura del sistema jurídico– se produjo con la invención y la introducción (sobre todo después de la segunda guerra mundial) de las constituciones rígidas, que incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos, ya no solo al poder ejecutivo y judicial, sino también al poder legislativo.
- 6 Para Nieto “la discusión sobre la existencia de principios en el ordenamiento jurídico ha estado vigente en el ánimo de juristas y parte de dos posiciones distintas: una que considera que no existen principios dentro del ordenamiento jurídico, porque ello equivaldría a aceptar una relación entre la moral (cuyo objeto son los principios) y el derecho (cuyo objeto son las reglas). Esta posición propia de los positivistas tiene su contrario en la aplicación de la teoría principalista, propia del constitucionalismo moderno, que esgrime como argumento primario la existencia de principios y reglas constitucionales autónomos” (2003, p. 19).

irradiándose a todo el sistema jurídico” (1995, pp. 77-78)<sup>7</sup>. Ahora es importante advertir las diferencias entre principios y reglas.

La definición clásica para diferenciar reglas y principios la hace Alexy:

Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas mandatos definitivos. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizadas en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto último significa que los principios dependen de y requieren ponderación. (2004, p. 72)

Zagrebelsky distingue entre principios y reglas, con base en su jerarquía en el entramado jurídico: “Las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios... por eso, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, es distinguir la Constitución de la ley” (1997, p. 23). Por tanto, cuando exista un conflicto entre un principio y una regla, prevalecerán los principios, en virtud de que estos últimos son superiores dentro del ordenamiento jurídico.

Asimismo, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mexicana se pronunció acerca de los métodos de solución de incompatibilidades entre principios y reglas:

El método basado en el criterio de principios y reglas parte de la base de que los principios son postulados que persiguen la realización de algo, como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico, cuyo cumplimiento debe buscarse en la mayor medida posible; en tanto que las reglas son enunciados de menor abstracción que los principios, que tienden a lograr la aplicación de éstos a los casos concretos. En este

7 Esta concepción la tomó a partir de que a partir de los principios se crean las normas. Básicamente, la distinción que hace Dworkin entre reglas y principios es que las normas jurídicas prescriben una conducta con su consecuencia jurídica; los principios carecen de dicha consecuencia, en razón de que se trata de planteamientos que ayudan a tomar posición entre los casos concretos. Son orientadores, estándares de conducta. Por tanto, los principios son superiores a la norma (Orozco, 2015, pp. 255-280).

orden de ideas, en caso de la existencia de una antinomia entre reglas aplicables, se pueden utilizar los principios que las rigen como directriz, esto es, ante la oposición entre reglas que resulten aplicables a un mismo caso, debe optarse por la que se apegue más al principio que rija a ambas.

(Ezquiaga, 2010, p. 45)

El mecanismo para descubrir cómo un juez emplea los principios, es por sus criterios de ponderación (Alexi, 2004, p. 74). La pretensión de corrección exige que, en un caso dudoso, se realice siempre una valoración y se tomen en cuenta los principios cuando ello sea posible (Alexi, 2004, p. 75). “La ponderación es la forma característica para la aplicación de los principios” (Alexi, 2004, pp. 162 y 187).

Sobre los principios y cómo deben servir dentro del proceso jurisdiccional, Nieto opina:

[...]por la naturaleza misma del litigio que está en juego, debe hacerse, en primer término, una ponderación de reglas y principios; en segundo lugar, el juzgador debe considerar que su decisión debe estar debidamente justificada; en tercer lugar, debemos partir de que tenemos un criterio de referencia, que es la defensa de los derechos fundamentales. (2003, p 87)

Por lo que, en los casos dudosos, la ponderación es muy relevante, porque ella está exigida jurídicamente y, por tanto, también lo está la consideración de los principios. Esto significa que en todos los sistemas jurídicos, los principios son elementos necesarios (Alexy, 2004, p. 75).

Los principios son aquellas directivas de optimización que orientan la actividad de interpretación y aplicación del derecho; se encuentran plasmados en el texto constitucional y no en las leyes secundarias (cuya composición se basa en las reglas). Por lo anterior, los principios constitucionales no pueden encontrarse en bases intrínsecas, sino que se encuentran explícitos en el ordenamiento jurídico (Nieto, 2003, pp. 19 y 157).

Por estas razones los principios son abstractos, de contenido impreciso e incierto y han llegado para quedarse, porque constituyen “los presupuestos que hacen posible a la democracia; además, de que se establecen como un vínculo preventivo, que se autoimpone la comunidad para autoprotegerse y, no perder el rumbo” (Salazar, 2015, p. 42).

Los principios tienen un carácter fundamental, ya que dan coherencia o sentido al orden normativo e informan a ese sector del orden jurídico nacional (Bickel,

1986, pp. 49, 58, 59 y 69). Hablando específicamente de la materia electoral, “los principios constituyen parámetros de la actuación de los órganos electorales y sirven como criterios interpretativos del derecho electoral, o bien, desempeñan una función integradora del mismo” (Agresto, 1990, p. 48).

Los principios cumplen las siguientes funciones:

1. Función creativa: antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos.
2. Función interpretativa: implica que, al interpretar la norma, el operador debe inspirarse en los principios, para garantizar una cabal interpretación.
3. Función integrativa: significa que quien va a colmar un vacío legal debe inspirarse en los principios para que el derecho se convierta en un sistema hermético.

Estas funciones no actúan independientemente, sino que la aplicación del derecho opera una u otra. (Atienza, 2005, p 40)

Para que estos principios tengan valor intrínseco y peso ponderativo deben estar incorporados a la Constitución, “porque si no, solo serían meros principios morales y la necesidad de ponderación no sería un postulado jurídico, sino extrajurídico” (Alexy, 2004, p. 74).

Ferrajoli estima que los principios generales en un ordenamiento jurídico son políticos, expresamente enunciados en las constituciones y leyes o implícitos en ellas y extraíbles mediante elaboración doctrinal (2007, p. 171), representan un factor de racionalización del poder de disposición y limitación del arbitrio en otro caso a él conectado (2007, pp. 173-174). y señala que los principios de la democracia son: “Desde el de legalidad hasta el de publicidad y transparencia, el de representatividad a los de responsabilidad política y control popular del funcionamiento del poder” (2007, p. 9). En suma, los principios constitucionales son conceptos, directrices o ideas abstractas, que sirven para materializar las funciones y fines del Estado (Hernández, 1992, p. 7 y ss.).

El desarrollo de los principios constitucionales no necesita basarse solamente en las definiciones que nos ofrece un diccionario sino que se debe entender el contexto en el que se utilizan. Por tanto, el objetivo de los tribunales es intentar interpretar en un contexto abierto-cerrado y con un contenido moral de las provisiones constitucionales, para construir una teoría con estas cláusulas, una teoría que será significante filosóficamente (Schauer, 2005, p. 98).

Los jueces, por canon constitucional (de donde se deriva un protocolo metodológico esencial para la teoría del derecho), deben resolver de modo inexcusable los conflictos y, para ello, deben no solo interpretar la ley sino también, en su caso, buscar principios. Así: i. primero, están constreñidos a la aplicación de las leyes que regulan las conductas de particulares y autoridades, las que no son autoejecutables. Lo hacen a través de un delicado análisis de los hechos, dirigido a verificar si existe una ley específica que resuelva la controversia sometida a su decisión; y, en caso de que exista ley, la interpretan y aplican al caso concreto;

ii. luego, ante la inexistencia de ley que resuelva el asunto, y ante la necesidad inexcusable de resolver el conflicto, están autorizados a recurrir a los principios jurídicos, que es la otra fuente, igualmente democrática, del derecho, la que sustituye a la ley.

Es de ese modo que los jueces ejercen su función de un modo democrático; a través del uso de fuentes del derecho: primero, deben aplicar la ley, pero en caso de lagunas o casos difíciles, están autorizados a resolver el asunto a través de los principios.

#### Bases de un sistema judicial moderno: búsqueda de principios y especialización

En estas últimas décadas de la época contemporánea se ha producido una evolución en la comprensión e identidad del derecho; podemos llamarle moderno pues, junto con el derrumbe del mito positivista de que solo la ley era fuente del derecho, asistimos además a una época de una especialización cada vez más acentuada. Es esencial el ajuste del sistema judicial a este fenómeno bifronte, que calificamos de moderno, y que se caracteriza, a la vez, por la búsqueda judicial de principios y su especialización.

#### Los principios jurídicos como fuente del derecho

Dos son entonces las fuentes del derecho en una sociedad democrática: las leyes (que aprueba el Congreso) y los principios (que incorporan los jueces en sus sentencias, ante la falta de ley que resuelva el conflicto). Este es, además, el origen de la legitimidad constitucional del recurso a los principios jurídicos.

a. El aporte de los jueces al derecho democrático: formulación de principios. Es que ante la ausencia de una regla (laguna legal) no podemos esperar de los jueces sino una búsqueda de principios (lo que no cabe cali-

ficar de activismo, por el solo hecho de ir más allá de la ley), pues a través de la técnica de los principios jurídicos los jueces llenan legítimamente los vacíos de las leyes al resolver los conflictos, de acuerdo a su deber de inexcusabilidad. Es usual en la praxis que los jueces al resolver los casos no solo apliquen reglas (leyes) sino que también incorporen principios. Si bien las leyes las aprueba el Parlamento, como delegado del pueblo, los principios son descubiertos por los jueces, como delegados de ese mismo pueblo, del derecho viviente, de los usos y costumbres, percibiéndolos en el pulso social que hay detrás del espíritu del pueblo. Ambas son, como se ve, fuentes democráticas. b. Legitimidad del recurso a los principios jurídicos ante la falta de leyes. Los principios son, entonces, el resultado del ejercicio legítimo de la función judicial y constituyen la formulación de una fuente democrática del derecho: el rescate de valores que viven en el espíritu del pueblo; los principios, como concentrado de valores que son, no coinciden necesariamente con alguna propuesta filosófica jurídica (ya iusnaturalista, ya positivista o de cualquier otra filosofía militante) ni con la hoja de ruta de cada juez; están en la realidad inmanente del derecho vivido en sociedad y el reconocimiento de cada principio por la sentencia del juez marca el pulso de los valores de una sociedad. Así, los jueces resuelven los conflictos, antes que nada, conforme a la ley, pero cuando esta nada dispone (y se configura una laguna) o cuando la ley es incoherente o contradictoria (y se configura un caso difícil) están autorizados a resolver el conflicto aplicando principios jurídicos. De ahí que la búsqueda de principios jurídicos, en su caso y bien entendida, es una conducta judicial perfectamente legítima en nuestra democracia.

c. Existencia de varias clases de principios. Estos principios que constatan los jueces (y que llenan lagunas o sirven para dictar sentencias ante casos difíciles) no deben ser confundidos con otros tipos de principios que solemos enunciar con el mismo significante, como es el caso de los filosóficos o los legalizados.

i. Los principios filosóficos: son valores cuya formulación es tarea de la filosofía (como fuente de ideas y disciplina); operan en el corazón de cada hombre y no tienen necesariamente naturaleza jurídica, por sí solos; no obstante, esos valores pueden penetrar la empiria del derecho en el caso de que sean legalizados o vivan en el espíritu del pueblo; ii. los principios legalizados: son valores cuya formulación es tarea de la política (como disciplina y actividad); se hacen operativos a través de un texto legal que los reconoce; son fruto de la decisión parlamentaria y están contenidos únicamente en los enunciados de las leyes; y

iii. los principios jurídicos (los que aquí reviso, y descubre el juez en sus sentencias): son valores que formula los jueces para llenar lagunas o resolver casos difíciles, están investidos de una carga valórica y de aceptación social y democrática similar a la que se obtiene de la aprobación de las leyes en los parlamentos; su descubridor no es ni un filósofo ni un parlamento, es el juez. A partir del fenómeno de la positividad del derecho, algunos han creído que en las sociedades democráticas la ley es la única fuente del derecho; ello pues la época contemporánea ha traído consigo el conocido culto a la ley, entendida como producto legítimo de asambleas y parlamentos, integrados por delegados del pueblo. No obstante, debemos abrir bien los ojos a la realidad, pues la ley nunca ha estado solitaria en la escena de las fuentes del derecho y siempre han estado a su lado los principios jurídicos; quizás no hemos sabido observar bien la obra principalista de los jueces que, autorizados por la Constitución, dictan sentencias más allá de las leyes, aplicando principios.

d. El procedimiento especificado y técnico a través del cual los jueces descubren los principios. ¿Cómo es que el juez en una sentencia puede llegar a especificar un principio y reconocer en dicho principio el espíritu del pueblo? No cualquier ciudadano tiene la profundidad de pensamiento y técnicamente afinada la sensibilidad jurídica como el juez para hacerlo. Para ello existe un instrumental técnico que todo juez utiliza.

i. Pareciera que el proceso comienza, en cada caso, reconociendo el juez, en medio de una masa de hechos brutos (la “verdad procesal”), una relación jurídica singular (o singularizable);

ii. desde un inicio, el juez identifica la naturaleza de tal relación, según la especialidad de cada caso y de la disciplina que lo cubre (civil, penal, laboral, entre otros);

iii. luego, a través de las instituciones jurídicas, el juez se acerca a la eventual ley aplicable; y

iv. en caso de que no descubra ley que resuelva el conflicto (lagunas y casos difíciles), incorporará principios jurídicos. Así, hay todo un camino que recorre: desde los hechos, la relación jurídica, las instituciones jurídicas, la eventual norma y, en fin, hasta llegar a los principios. Cuando ha llegado al fin del camino, el juez ya trae todo un arrastre de información sobre las singularidades del caso y los valores ínsitos en el mismo. Ello, unido a su sensibilidad, experiencia y conocimientos técnicos, le permite transformarse en el filtro que conecta, como vasos comunicantes, al

espíritu del pueblo con aquella epigramática fórmula que todos llamamos principios. (Vergara, 2015, pp. 8-14)

Un ejemplo de esto lo constituye la falta de especialización en el tema de justicia juvenil en México, en el que los jueces que han sido seleccionados no tienen un contexto profesional ni experiencia y, menos, conocimientos especializados (CIDAC, 2016). Esto conlleva a dudar que haya un debido proceso a partir de que el juez posee los conocimientos necesarios para resolver con justicia. Pero en los hechos están quedando mucho a deber por no saber utilizar los principios regentes de la justicia juvenil en México (Villanueva, s. f.).

- La notificación es un acto jurídico procesal por el cual se da conocimiento legal a la parte afectada de que se ha deducido una acción judicial en su contra o que se ha dictado una resolución judicial, para que actúe procesalmente en el juicio mediante los actos que la ley pone a su disposición.

En la Sentencia T-612 de 2016 queda claro este asunto:

Es, además, un acto de certeza judicial, porque desde su fecha empiezan a correr los plazos que la ley le confiere para que la parte ejerza los derechos conferidos por la ley. La primera de todas las notificaciones y aquella que notifica una resolución muy importante o la sentencia, la práctica un ministro de fe, llamado receptor judicial. En la primera notificación se sabe que el tribunal tiene su causa, pasando por el rol asignado, la fecha de ingreso, la materia de que se trata, la cuantía, el nombre de su contraparte, el procedimiento de que se trata y lo que le piden al tribunal que declare en su contra. Se lleva a cabo, entregándole copia de la demanda y de lo que el juez resolvió sobre ella y debe llevar, además, la fecha en que se practica la notificación el nombre y firma del receptor. Si al notificado no se le encuentra, la ley faculta notificarlo por cédula, lo que es exactamente igual que lo anterior, pero con un trámite previo ante el tribunal y la constancia de haberlo buscado dos días en su domicilio y dejando constancia de que se encuentra en el lugar del juicio y que donde se le notifica es su morada o domicilio. En ese caso, se le deja la cédula con el contenido de la demanda, por cualquier medio: sea por debajo de la puerta, tirada al jardín, pegada con goma en una puerta o entregándosela a cualquier persona adulta que se encuentre en el recinto. (Corte Constitucional, 2016)

Sin embargo, en las excepciones al debido proceso puede ocurrir que haya un error en la notificación. Esto se podría sostener solo bajo ciertas modalidades

y circunstancias: la configuración de un defecto procedural por una equivocación en la notificación solo hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales si ostenta suficiente entidad como para ser determinante en el proceso, tal como lo expresa la misma sentencia.

Para que proceda la tutela por irregularidades en la notificación, el defecto debe tener las siguientes características:

- (i) debe ser tangible y haber tenido un impacto ostensible en las resultas del proceso;
  - (ii) debe haber incidido negativamente en la posibilidad de que el interesado ejerciera su derecho de contradicción y de defensa;
  - (iii) no puede ser atribuible al afectado;
  - (iv) debe probarse que la autoridad judicial que adoptó la decisión asumió una conducta omisiva en relación con la comunicación de las decisiones judiciales, es decir, que fue negligente. (Corte Constitucional, 2016)
- La norma incluye dentro de los derechos procesados el desahogo de las pruebas, entre ellas el interrogatorio a los testigos. En el caso de la ley de amparo en México señala:

En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

I.-...

III.- Cuando no se le caree con los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran su declaración en el mismo lugar del juicio, y estando también el quejoso en él (artículo 160). (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2018)

La jurisprudencia indica que debe haber un mecanismo especial para el desahogo del testimonio de menores (por ejemplo, en los crímenes de connotación sexual) y también para evitar la revictimización (por ejemplo, en un secuestro). La norma dispone de un mecanismo de excepcionalidad, para que se desahogue el testimonio de una manera especial a la que señala el procedimiento regular.

- La reconstrucción de los hechos persigue o busca encontrar una verdad rediseñada, aportar nuevos elementos sustanciales a la investigación y pro-

vocar el archivamiento, la confesión, la terminación anticipada del proceso mediante acuerdo con el fiscal, la denuncia, la ampliación de la investigación o la acusación.

Este medio de prueba, histórica y racionalmente, adquirió autonomía al separarse de otros medios de prueba, que le son muy afines y con los cuales a menudo va acompañado y es fácil confundirlo: la inspección judicial de cosas o lugares (especialmente en la forma de visita local) y la peritación. Y de modo más especial es de la inspección ocular, en su origen histórico de donde parte la reconstrucción. (Hunter, 2015, 46)

La excepción en el debido proceso estaría en el caso de menores o de un desahogo en el extranjero, lo que llevaría a realizar un procedimiento especial ante la imposibilidad de llevar un acto (por ejemplo, una reconstrucción de hechos o de las pruebas que se consumen o destruyen). En particular, en este tipo de excepciones al debido proceso:

No se requerirá juramento o promesa de honor de decir la verdad al inculpado, no se ejercerá medio coercitivo alguno para obligar o inducir o determinarlo, ya sea para declarar contra su voluntad o para que confiese su autoría o participación en el hecho delictuoso materia del proceso, realizar un interrogatorio con preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas, a tachar testigos o peritos por falta de capacidad o imparcialidad en esta diligencia por no corresponder hacerlo, no reconstruir hechos que vayan contra el pudor, ausentarse o no concurrir a diligencia bajo apercibimiento de declararse contumaz, no perjudicar el curso del procedimiento por la ausencia o no concurrencia a la diligencia sea del imputado, la víctima, la parte civil, el tercero civilmente responsable incluso del abogado defensor, el cual puede ser sustituido por uno de oficio, etc. (Muñoz, 1997)

- Es parte del procedimiento penal, la presentación inmediata de la persona ante la representación social o el juez de la causa. Pero también debe atenderse a las circunstancias del lugar para llevar a cabo ese debido proceso o ante la imposibilidad de cumplir esta obligación, exceptuar de esta presentación celerísima. Aun cuando se viole el debido proceso, se convalida el acto y no se resta importancia al acto ni lo excluye de la causa.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 121/2009, sostuvo que en el amparo directo procede analizar como violaciones al procedimiento las cometidas en la averiguación previa cuando afecten los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, lo cual no debe interpretarse limitativamente, en la medida

en que la protección del derecho humano al debido proceso la conforman sistemáticamente diversos numerales constitucionales, esto es, el respeto a este derecho se vincula con la observación de los parámetros que la Constitución establece para todas las etapas procedimentales. En ese sentido, el catálogo de derechos del detenido, previsto en el artículo 20, apartado A, fracciones I, V, VII y IX, constitucional, en su texto anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 18 de junio de 2008, se extiende a todos aquellos actos o diligencias realizados desde la averiguación previa, lo que permite ubicar posibles violaciones en cualquier diligencia de esta etapa. Ahora bien, el artículo 16 de la Carta Magna establece algunas excepciones que implican la restricción a aquellos derechos, entre las cuales se encuentra la privación de la libertad personal, específicamente en las detenciones por flagrancia o caso urgente, derivadas de la existencia de elementos que permiten atribuir a una persona su probable responsabilidad en la comisión de un hecho calificado como delito por las leyes penales; sin embargo, para que dicha excepción sea constitucionalmente válida deben satisfacerse ciertas condiciones de legalidad, lo que implica que el órgano de control constitucional tiene la obligación de verificar si la detención prolongada por la policía sin poner al detenido a disposición inmediata de la autoridad ministerial o sin cumplir los requisitos constitucionales que justifican la excepción por la flagrancia o el caso urgente, generó elementos de prueba que incumplen con los requisitos de formalidad constitucional que deban declararse ilícitos o si las diligencias correspondientes se realizaron en condiciones que no permitieron al imputado ejercer su derecho de defensa adecuada. En esas condiciones procede analizar en el juicio de amparo directo, en términos del artículo 160, fracción XVII, de la ley de la materia, las violaciones cometidas con motivo de la excepción prevista en el artículo 16 constitucional (flagrancia o caso urgente), que justifican la detención de una persona como probable responsable de la comisión de un delito, pues podrían constituir una transgresión al derecho humano al debido proceso, conforme al cual es necesario el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, a la licitud de las pruebas y al ejercicio de defensa adecuada a que se refieren los artículos 14 y 20 constitucionales, lo que estará condicionado a que no hayan sido analizadas previamente en amparo indirecto. La presentación inmediata del acusado (atendiendo a la geografía del lugar).<sup>8</sup>

- La Constitución política mexicana señala que todos los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos (federal y locales)
- 8 Violaciones cometidas en la detención del imputado con motivo de la excepción prevista en el artículo 16 constitucional (flagrancia o caso urgente). Es factible su análisis en amparo directo cuando no hayan sido analizadas previamente en amparo indirecto. Sentencia C-390 de 2014.

tienen la obligación de tomar en cuenta el interés superior como una consideración primordial y promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas menores de edad de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (artículo 4).

Asimismo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha definido el principio de interés superior del menor como una obligación del Estado:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.  
(Comisión Nacional de Derechos Humanos, s. f.)

Sobre este tema, la Suprema Corte de Justicia mexicana advirtió:

En términos de los artículos 40., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: La expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.<sup>9</sup>

Al ser la consideración primordial, se deberá evaluar y tener en cuenta al valorar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida que afecte a una niña o niño o a un grupo de ellas(os) (Villanueva, s. f.) Como principio jurídico interpretativo, cuando una disposición jurídica admite más de una interpretación se elegirá aquella que satisfaga el interés superior de la niña, niño o adolescente. Como norma de procedimiento, cuando se deba tomar una decisión que afecte a una niña, niño, adolescente o a un grupo de ellas(os) es necesario estimar las posibles repercusiones (positivas o negativas) sobre su vida y explicar por qué se tomó esa decisión (CNDH, s. f.).

9 Interés superior del menor. Su concepto.

- La falta de especialización podría producir un indebido proceso porque el servidor o la autoridad no cuentan con los conocimientos para resolver adecuadamente la situación.

La falta de especialización del juez *a quo* podría generar que el proceso no sea conforme a la norma. En este aspecto, se ha resuelto sobre la validez de su función, pues el juez actúa con mayor soltura y naturalidad cuando es especialista en la materia. Los jueces al aplicar (adjudicar) el derecho, otorgan una preferencia y relevancia esencial (una “prioridad local”) a las disciplinas especializadas en que se divide el derecho (ramas, especialidades, departamentos o provincias del derecho, en la terminología usual); y es desde ahí que obtiene el juez las primeras respuestas, para que la aplicación de la ley o de los principios, en su caso, sea “coherente” con esa especialidad. El juez, al dictar una sentencia, no acude solo a las reglas contenidas en las leyes o al análisis de los hechos del caso; el juez opera de un modo más complejo y busca primero identificar y delimitar ante qué disciplina jurídica especial se encuentra tal *factum* y tales reglas (antes que nada, dice: “este es un caso civil”, “laboral”, etc.); a partir de ahí el juez identifica con mayor precisión las reglas existentes (que, en caso de existir, no puede dejar de aplicar, salvo prevaricación); y, en caso de ausencia de reglas (por simplificar así tanto la laguna como el caso difícil), aplicará los principios. El juez percibe que tanto las reglas como los principios son siempre especiales y adscribe ambas fuentes a una rama singular del derecho: si reglas y principios fuesen “generales” (en el sentido de universales, para toda relación jurídica), el juez no tendría una herramienta para especificarlos a los casos, que son siempre específicos, singulares, especiales; y la herramienta para especificar cada regla y cada principio es cada disciplina; y toda disciplina es, *per se*, especializada. (Vergara, 2015, p. 5)

- La autodefensa es el derecho para presentarse como el titular de la representación legal por uno mismo. Asimismo, procesalmente es un mecanismo que permite al justiciable no requerir o desistir de utilizar en su defensa la asistencia de un licenciado en derecho. Este instrumento no puede considerarse como parte de un debido proceso como tampoco contar con una defensa técnica y profesional, pues no asegura que ninguna de las dos le permitan una tutela judicial efectiva ni una mejor impartición de justicia. Con este derecho el justiciable puede proteger por sí mismo sus derechos y renunciar a la defensa que podría brindarle el Estado. Ahora, ¿hasta qué punto es necesaria una defensa llevada correctamente para considerar que es parte del debido proceso?

La Suprema Corte de Justicia mexicana opina que no es necesario que para acceder a la justicia la persona cuente con un abogado sino que puede llevar por sí misma su defensa legal:

La garantía individual de defensa adecuada contenida en el artículo 20, apartado A, fracción v, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 18 de junio de 2008) entraña una prohibición para el Estado consistente en no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado y un deber de actuar, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren en la causa, brindarle la oportunidad de nombrar un defensor, no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con él y, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que le corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público. Así, para proteger la citada garantía es necesario que la labor de quien funja como defensor sea eficaz, pues aquella no puede concebirse como un mero requisito formal sino que debe permitir una instrumentación real para tener oportunidades de descargo que, básicamente, permitan al imputado una efectiva participación en el proceso. Ahora bien, el juez de la causa garantiza la posibilidad de defensa al permitir que se den todas las condiciones necesarias para que el culpado sea debidamente asistido, tanto formal como materialmente, de manera que si en los hechos no puede calificar su adecuada defensa –en razón de la forma en que se conduce el defensor respectivo–, ello no significa que el juez de la causa viole la garantía en cuestión, pues el control de la correcta o incorrecta actitud procesal del defensor, del debido ejercicio de las cargas procesales, así como de su pericia jurídica, solo podrían ser materia de responsabilidad profesional, en términos de las leyes administrativas o penales, y según se trate de un defensor de oficio o particular. Esto es, el juez respeta la garantía de defensa adecuada: (i) al no obstruir en su materialización (como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del asesor) y (ii) al tener que asegurarse, con todos los medios legales a su alcance, que se satisfacen las condiciones que posibilitan la defensa adecuada, sin que ello signifique que esté en condiciones de revisar la forma en que los defensores efectivamente logran su cometido, pues ello excedería las facultades que tiene a su cargo para vigilar que en el proceso se garantice una defensa adecuada. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p. 433)

Pero también el máximo órgano jurisdiccional mexicano afirma que debe existir una defensa adecuada para que haya un debido proceso, desde el punto de vista de los derechos humanos:

Dentro de las “garantías” que constituyen el debido proceso se encuentra el acceso a la asistencia letrada, a que se refiere el artículo 8, numeral 2, incisos d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consiste en el derecho de las personas a: i) defenderse personalmente; ii) ser asistidas por un defensor de su elección; y, iii) si no se defendieren por sí mismas ni nombran defensor en los plazos de ley, ser asistidas por uno proporcionado por el Estado. En ese orden, para garantizar a las personas su derecho humano al debido proceso en el juicio laboral, las partes pueden comparecer personalmente o por conducto de su apoderado jurídico, en términos del artículo 692 de la Ley Federal del Trabajo, y si bien es cierto que el diverso precepto 876, fracción 1, de la propia ley, vigente hasta el 30 de noviembre de 2012, dispone que en la etapa conciliatoria las partes deben acudir personalmente, sin abogados patronos, asesores o apoderados, también lo es que no prohíbe que estos puedan comparecer a la audiencia de conciliación, demanda y excepciones, ofrecimiento y admisión de pruebas pues, al respecto, el artículo 875 del mismo ordenamiento y vigencia señala que esta iniciará con la comparecencia de las partes, lo que permite al trabajador y al patrón actuar por conducto de sus apoderados, sobre todo en la última fase, ya que de esta dependerá el resultado del litigio. En consecuencia, si las circunstancias del caso denotan un desconocimiento del derecho laboral y de las normas que rigen el proceso ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje por las partes, que solo pueden ser conocidas por alguien versado en esa rama del derecho, de la que se desprenda la necesaria asistencia letrada, para no transgredir el derecho humano al debido proceso en su vertiente de adecuada defensa, aun cuando la autoridad laboral no puede obligar a las partes a llevar el juicio por conducto de un abogado, cuando acudan sin este, debe cuestionarles si quieren proseguirlo por propio derecho o si requieren asesoría legal a fin de, en su caso, darle intervención a la Procuraduría de la Defensa del Trabajo, pues sus manifestaciones pueden perjudicarles, no por una conducta procesal indebida sino por una evidente falta de asesoramiento legal, que nada tiene que ver con la personalidad, personería o representación; no con el ánimo de suplantarse en los intereses del actor, sino con el fin de salvaguardar su derecho humano consagrado en el tratado internacional aludido, y esa actuación incluye al patrón (persona física) que se ubique en similar hipótesis, a fin de respetar además, sus derechos fundamentales de igualdad y de equidad procesal, con base en el principio general de derecho de que,

donde existe la misma razón, debe imperar igual disposición. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, p. 3246)<sup>10</sup>

Por lo que se puede vislumbrar aquí se tienen dos criterios: uno no considera fundamental la debida defensa y el otro, visto como un derecho convencional, el debido proceso requiere de una adecuada defensa para que el proceso permita impartir justicia.

- La doctrina advierte que toda prueba obtenida ilícitamente que no ha tenido el procesamiento y custodia debida debe ser excluida de la causa. Sin embargo, la eliminación de la prueba ilícita puede ser apreciada por el juzgador como un antecedente, mas no como un determinante, o sea, no crea ánimo para el juez (Gama, 2015).

La fuerza normativa de la Constitución y el carácter inviolable de los derechos fundamentales se proyectan sobre todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos los sujetos del ordenamiento, sin excepciones, están obligados a respetar los derechos fundamentales de la persona en todas sus actuaciones, incluyendo la de búsqueda y ofrecimiento de pruebas, es decir, de aquellos elementos o datos de la realidad con los cuales poder defender posteriormente sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales. Así, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violando derechos fundamentales, no surtirán efecto alguno. Esta afirmación afecta tanto a las pruebas obtenidas por los poderes públicos, como a aquellas obtenidas, por su cuenta y riesgo, por un particular. Asimismo, la ineeficacia de la prueba no solo afecta a las pruebas obtenidas directamente en el acto constitutivo de la violación de un derecho fundamental sino también a las adquiridas a partir o a resultas de aquellas, aunque en su consecución se hayan cumplido todos los requisitos constitucionales. Tanto unas como otras han sido conseguidas gracias a la violación de un derecho fundamental –las primeras de forma directa y las segundas de modo indirecto–, por lo que, en pura lógica, de acuerdo con la regla de exclusión, no pueden ser utilizadas en un proceso judicial. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p. 226)

En México la víctima tiene derecho a intervenir en el proceso. Una de las maneras de participar y actuar en un proceso penal es aportando pruebas (Conferencia

10 Derecho humano al debido proceso en su vertiente de defensa adecuada en el juicio laboral. Para no transgredirlo, si el trabajador y el patrón (persona física) acuden sin un abogado, la autoridad debe cuestionarles si quieren proseguir el proceso por propio derecho o si requieren asesoría legal a fin de, en su caso, darle intervención a la procuraduría de la defensa del trabajo cuando las circunstancias del caso denoten su desconocimiento de esa rama del derecho y de las normas que rigen el proceso ante las juntas de conciliación y arbitraje.

Nacional de Procuración de Justicia, s. f.). Sin embargo, la víctima desconoce el mecanismo y los protocolos para adquirirlas, tratarlas o custodiarlas, y por tanto esas pruebas podrían ser excluidas de la causa por el desconocimiento jurídico.

El reconocimiento de derechos subjetivos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos significa no solo observar el comportamiento que satisface la pretensión en que se hacen consistir sino que también trae consigo la obligación del legislador de establecer el medio eficaz que garantice su defensa. En ese sentido, cuando la Constitución prevé en el artículo 20, apartado B, fracción II, en su texto anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 18 de junio de 2008, el derecho de la víctima u ofendido a que se le reciban todas las pruebas, ello implica que crea la obligación de establecer el medio idóneo para hacerlo efectivo, sin que pueda estimarse que lo es exclusivamente el juicio de garantías, pues dicho derecho tiene determinado constitucionalmente el momento de ejercerse y respetarse, esto es, en la averiguación previa y en el proceso penal, acorde con el espíritu del proceso de reformas al indicado precepto constitucional del año 2000, consistente en ampliar los derechos de la víctima u ofendido para reconocerle los derechos de parte procesal. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016)

Sin embargo, como se expresó anteriormente es posible utilizar la prueba ilícita en consideración a la gradualidad de la ilegalidad cometida para invalidarla. Lógicamente, tiene que verse el contexto de la prueba y la forma como no fue tratada debidamente para resguardar la licitud de la prueba.

La exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación; sin embargo, existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: a) si la contaminación de la prueba se atenua; b) si hay una fuente independiente para la prueba; y c) si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente. Sobre el primer supuesto, a saber, la atenuación de la contaminación de la prueba, se podrían tomar, entre otros, los siguientes factores para determinar si el vicio surgido de una violación constitucional ha sido difuminado: a) cuanto más deliberada y flagrante sea la violación constitucional, mayor razón para que el juzgador suprima toda evidencia que pueda ser vinculada con la ilegalidad. Así, si la violación es no intencionada y menor, la necesidad de disuadir futuras faltas es menos irresistible; b) entre más vínculos (o peculiaridades) existan en la cadena entre la ilegalidad inicial

y la prueba secundaria, más atenuada la conexión; y c) entre más distancia temporal exista entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria, es decir, que entre más tiempo pase, es más probable la atenuación de la prueba. En relación con el segundo supuesto es necesario determinar si hay una fuente independiente para la prueba. Finalmente, el tercer punto para no excluir la prueba consistiría en determinar si ésta hubiera sido descubierta inevitablemente en el proceso. Dicho supuesto se refiere, en general, a elementos que constituyan prueba del delito que hubieran sido encontrados independientemente de la violación inicial. La aplicación del anterior estándar debe hacerse en cada caso concreto. (Suprema Corte de Justicia de La Nación, 2019, p. 2007)

El mecanismo para hacer prevalecer la existencia de la prueba en el proceso sería el juicio de protección constitucional:

Acorde con las reformas al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación el 3 de septiembre de 1993 y el 3 de julio de 1996, además de ampliar el espectro de la garantía de defensa adecuada que debe operar en todo proceso penal, el Poder Reformador determinó que las garantías contenidas en las fracciones I, V, VII y IX de dicho precepto también se observarían durante la averiguación previa. Por tanto, para efectos de las garantías contenidas en el referido numeral, el juicio de orden penal incluye tanto la fase jurisdiccional (ante el juez) como la previa (ante el Ministerio Público); de ahí que algunas de las garantías antes reservadas para la etapa jurisdiccional, ahora deben observarse en la averiguación previa. En ese sentido, se concluye que es procedente que en el amparo directo se analicen como violaciones al procedimiento las cometidas en la averiguación previa, cuando afecten las garantías contenidas en los artículos 14 y 20 constitucionales, en términos del artículo 160, fracción XVII, de la Ley de Amparo, que establece como violaciones procesales los casos análogos precisados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los Tribunales Colegiados de Circuito. Así, en tales supuestos pueden ubicarse las violaciones a las garantías observables en la averiguación previa, consistentes en la obtención de pruebas ilícitas, la negativa para facilitar los datos solicitados por la defensa y que consten en el proceso, así como la transgresión a la garantía de defensa adecuada, violaciones que no ameritarían la reposición del procedimiento sino la invalidez de la declaración obtenida en su perjuicio o de la prueba recabada ilegalmente, en atención a que su estudio necesariamente implicaría la interpretación directa de preceptos constitucionales; toda vez que el indicado artículo 160 tiene como finalidad reparar en el amparo directo las violaciones a las garantías individuales. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 36)

- Otro tema en el que podría solicitarse la excepción al debido proceso es el cumplimiento de la publicidad como garantía dentro de un proceso o como acceso a la información pública, pues existen causas que pueden restringirla o en el sigilo, que es propio de las investigaciones que se llevan a cabo. Para empezar, se debe definir qué es la publicidad.

La acepción que expone la RAE de este principio es: “Cualidad o estado de público; conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”.

La incorporación de la sociedad a la política crea una gran dimensión de lo público: “El interés público, las libertades públicas, la seguridad pública y la opinión pública” (Cabo de la Vega, 1997, p. 67).

Sobre este tema, Valdés opina: “La publicidad es un principio normativo [que] puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político: cuando está presente se habla de razón de derecho, cuando está ausente, de razón de Estado” (Valdés, citado en Doublet, 2001, p. 494).<sup>11</sup>

El carácter público de los actos del Estado viene determinado por la función que desempeñan dichos actos. “Si se trata de actos realizados integra o exclusivamente como consecuencia de la existencia y funciones del Estado o que tengan como causa inmediata la satisfacción de un determinado interés colectivo, dichos actos son públicos” (Carpizo, 2006, p. 107).

Cabo de la Vega distingue dos distintos tipos de publicidad:

1. La que la relaciona con el Estado (es público todo aquello que directa o indirectamente es del Estado, es decir, la publicidad en sentido orgánico)
- y 2. Aquí, lo público, como la razón última de la naturaleza pública del acto y de la actividad del Estado es la de satisfacer los intereses colectivos del pueblo. (1997, pp. 159-161)

De esta manera, lo público se concibe como una interrelación entre lo público de la sociedad y lo público del Estado. La sociedad traslada y especifica el interés nacional a la esfera estatal (Cabo de la Vega, 1997, p. 119).

Un aspecto fundamental aunado a la publicidad es la transparencia. Ambos conceptos se confunden por su familiaridad. Además, en bastantes ocasiones se han entendido y utilizado como sinónimos. Por tanto, es necesario discernir cada concepto.

11 La publicidad puede ser clasificada como: especialidad orgánica, como garantía, como interés y como ámbito. (Cabo de la Vega, 1997, p. 67).

La RAE define la transparencia como: “Cualidad de transparente”. Esta acepción poco nos dice de la naturaleza de este concepto. A su turno fue necesario investigar la voz “transparente”, que significa: Que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse; claro, evidente que se comprende sin duda ni ambigüedad.

En su sentido jurídico, la transparencia es el derecho de los ciudadanos para conocer y analizar las actividades del Estado. Así, esta garantía de control sobre las acciones del Estado nos acerca más a la justicia y al desarrollo social y, por tanto, al fortalecimiento del Estado (Villanueva, 2002, pp. 25-40).

De manera general, la transparencia es la actitud o actuación pública que deja ver claramente la realidad de los hechos y actos públicos. En consecuencia, nos permite apreciar en el orden político con nitidez lo que hace el Estado que, en una sociedad abierta, garantiza el libre acceso a la información y favorece de ese modo la transparencia del poder (Villanueva, 2002, pp. 40-42).

En materia de transparencia, lo importante no es el “qué” se hace, si no el “cómo” se hace. Por lo tanto, la transparencia nos debe permitir satisfacer nuestras dudas, en materia pública y, sobre todo, vigilar la actuación del gobierno (Garapón, 1997, p. 83).

La transparencia se puede materializar de tres diferentes maneras: a solicitud personal, por ministerio de ley y por mutuo consentimiento. En el primer caso, el solicitante ya sea persona física o jurídica debe tramitar su solicitud en el lugar correspondiente y de acuerdo con los mecanismos de forma y de fondo que se le indiquen.<sup>12</sup> En el segundo caso, las autoridades deben hacer pública la información que señale la ley de transparencia, como por ejemplo salarios, licitaciones, compras, etc. En el tercer caso, para un buen manejo de instituciones privadas y que no tengan la obligación de transparentarse, puedan exteriorizar sus trabajos, administración de recursos, reglamentos, etc., con el objetivo de legitimar su actuación y como frecuentamos decir: cuentas claras, amistades largas<sup>13</sup>.

La transparencia se ha colocado en la categoría de lo políticamente correcto, pero aún está lejos de alcanzar tal reconocimiento en las prácticas burocráticas cotidianas. Y esto se debe, entre otras causas,

- 12 Se debe tener en consideración que los ciudadanos gozan del derecho a la información. La finalidad de este principio es proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información, en posesión de los poderes públicos, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía y cualquier otra entidad pública; estableciéndose allí, el titular del derecho y los sujetos obligados a cumplir esa prerrogativa.
- 13 Estos tres mecanismos para transparentar información sirven para poner a disposición de la población diversa información. En general, podríamos considerar a la publicidad como el género y a la transparencia, como la especie.

a que la transformación cultural de aceptar, comprender y asimilar la transparencia como condición consubstancial del quehacer público tomará algunas generaciones. (Bonilla, 2008, p. 12)

La Suprema Corte de Justicia mexicana ha definido la naturaleza del derecho fundamental de la publicidad:

Del artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que el Estado Mexicano está constreñido a publicitar sus actos, pues se reconoce el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder a la información que obra en poder de la autoridad, que como lo ha expuesto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P./J. 54/2008, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, junio de 2008, página 743, de rubro: “ACCESO A LA INFORMACIÓN. SU NATURALEZA COMO GARANTÍAS INDIVIDUAL Y SOCIAL” contiene una doble dimensión: individual y social. En su primer aspecto, cumple con la función de maximizar el campo de la autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones, mientras que en el segundo, brinda un derecho colectivo o social que tiende a revelar el empleo instrumental de la información no solo como factor de autorrealización personal, sino como un mecanismo de control institucional, pues se trata de un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia en el actuar de la administración, conducente y necesaria para la rendición de cuentas. Por ello, el principio de máxima publicidad incorporado en el texto constitucional implica para cualquier autoridad, realizar un manejo de la información bajo la premisa inicial que toda ella es pública y solo por excepción, en los casos expresamente previstos en la legislación secundaria y justificados bajo determinadas circunstancias, se podrá clasificar como confidencial o reservada, esto es, considerarla con una calidad diversa. (2013, p. 1899)

La forma como se debe proteger y tutelar en un doble ámbito un derecho como ciudadano y otro como persona:

Del artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que el Estado Mexicano está constreñido a publicitar sus actos, pues se reconoce el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder a la información que obra en poder de la autoridad, que como lo ha expuesto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P./J. 54/2008, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, junio de 2008, página 743, de rubro: “ACCESO A LA

INFORMACIÓN. SU NATURALEZA COMO GARANTÍAS INDIVIDUAL Y SOCIAL” contiene una doble dimensión: individual y social. En su primer aspecto, cumple con la función de maximizar el campo de la autonomía personal, posibilitando el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de mayor diversidad de datos, voces y opiniones, mientras que en el segundo, brinda un derecho colectivo o social que tiende a revelar el empleo instrumental de la información no solo como factor de autorrealización personal, sino como un mecanismo de control institucional, pues se trata de un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia en el actuar de la administración, conducente y necesaria para la rendición de cuentas. Por ello, el principio de máxima publicidad incorporado en el texto constitucional, implica para cualquier autoridad, realizar un manejo de la información bajo la premisa inicial que toda ella es pública y solo por excepción, en los casos expresamente previstos en la legislación secundaria y justificados bajo determinadas circunstancias, se podrá clasificar como confidencial o reservada, esto es, considerarla con una calidad diversa. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 1899)

Pero ningún derecho es absoluto, y en cuanto a la forma en como este derecho se podría restringir, la misma Corte ha referido los casos en los que podría suceder.

El ejercicio del derecho de acceso a la información contenido en el artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es absoluto, en tanto que puede ser restringido excepcionalmente y solo en la medida necesaria para dar eficacia a otros derechos o bienes constitucionales, pero como el Estado debe establecer las condiciones para su pleno ejercicio sin limitaciones arbitrarias ni discriminación alguna, mediante las políticas públicas en la materia, las restricciones que se establezcan deben observar los criterios de: a) razonabilidad, esto es, enfocarse a satisfacer los fines perseguidos; y b) proporcionalidad, que se traduce en que la medida no impida el ejercicio de aquel derecho en su totalidad o genere en la población una inhibición al respecto. En consonancia con lo anterior, las autoridades deben dar prevalencia a los principios inmersos en la Constitución, frente a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, concibiendo el señalado derecho bajo la lógica de que la regla general debe ser la máxima publicidad de la información y disponibilidad, de modo que, en aras de privilegiar su acceso han de superarse los meros reconocimientos formales o ritos procesales que hagan nugatorio el ejercicio de este derecho, en la inteligencia de que, sobre la base no formalista de un fundamento de hecho y una interpretación dinámica y evolutiva según las circunstancias, debe

prevalecer la esencia y relevancia del derecho fundamental, y solo de manera excepcional, podrá restringirse su ejercicio, en la medida que ello se encuentre justificado, acorde con los requisitos descritos, lo que encuentra sustento en el artículo 10. constitucional, conforme al cual se acentúa la importancia tanto de propiciar como de vigilar el respeto, protección y promoción de los derechos humanos, reconociéndose que las normas en esa materia establecen estándares mínimos de protección y son, por tanto, susceptibles de ampliación e interpretación en el sentido de aplicación más favorable a las personas, aunado al hecho de que los derechos fundamentales han alcanzado un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, lo que se asocia con su dimensión objetiva, que se traduce en que su contenido informa o permea a este, de manera que si el Texto Fundamental recoge un conjunto de valores y principios, estos irradian al resto del ordenamiento. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 1897)

Los datos de las personas o datos sensibles del Estado se restringen para proteger su privacidad.

Las fracciones I y II del segundo párrafo del artículo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen que el derecho de acceso a la información puede limitarse en virtud del interés público y de la vida privada y los datos personales. Dichas fracciones solo enuncian los fines constitucionalmente válidos o legítimos para establecer limitaciones al citado derecho; sin embargo, ambas remiten a la legislación secundaria para el desarrollo de los supuestos específicos en que procedan las excepciones que busquen proteger los bienes constitucionales enunciados como límites al derecho de acceso a la información. Así, en cumplimiento al mandato constitucional, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece dos criterios bajo los cuales la información podrá clasificarse y, con ello, limitar el acceso de los particulares a la misma: el de información confidencial y el de información reservada. En lo que respecta al límite previsto en la Constitución, referente a la protección del interés público, los artículos 13 y 14 de la ley establecieron como criterio de clasificación el de información reservada. El primero de los artículos citados establece un catálogo genérico de lineamientos bajo los cuales deberá reservarse la información, lo cual procederá cuando la difusión de la información pueda: 1) comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional, 2) menoscabar negociaciones o relaciones internacionales; 3) dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país, 4) poner en riesgo la vida, seguridad o salud de alguna persona o 5) causar perjuicio al cumplimiento de las leyes, prevención o verificación de delitos, impar-

tición de justicia, recaudación de contribuciones, control migratorio o a las estrategias procesales en procedimientos jurisdiccionales, mientras las resoluciones no causen estado. Por otro lado, con un enfoque más preciso que descriptivo, el artículo 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental contiene un catálogo ya no genérico sino específico, de supuestos en los cuales la información también se considerará reservada: 1) la que expresamente se clasifique como confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental reservada, 2) secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otros, 3) averiguaciones previas, 4) expedientes jurisdiccionales que no hayan causado estado, 5) procedimientos de responsabilidad administrativa sin resolución definitiva o 6) la que contenga opiniones, recomendaciones o puntos de vista de servidores públicos y que formen parte de un proceso deliberativo en el cual aún no se hubiese adoptado una decisión definitiva. Como evidencia el listado anterior, la ley enunció en su artículo 14 supuestos que, si bien pueden clasificarse dentro de los lineamientos genéricos establecidos en el artículo 13, el legislador quiso destacar de modo que no se presentasen dudas respecto a la necesidad de considerarlos como información reservada. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, p. 656)

Los mecanismos para reservar y clasificar la información están contenidos en la norma, pero también se pueden utilizar de forma parcial. La persona puede solicitar a la autoridad el acceso a dicha información, utilizando los mecanismos contenidos en la legislación o por medio del poder judicial, si considera que se conculcó un derecho fundamental o humano.

Una adecuada clasificación de la información pública debe tomar en cuenta y distinguir, en el contexto general de un documento, cuál es la específica y precisa, cuya divulgación puede generar un daño desproporcionado o innecesario a valores jurídicamente protegidos, lo cual debe evitarse, en la medida de lo posible, frente a aquella que debe ser accesible al quejoso en el amparo para hacer viable su defensa efectiva y cuestionar violaciones a derechos fundamentales, lo que implica un interés público en abrir o desclasificar la información necesaria para ese efecto, cuando la autoridad responsable que la aporta al juicio la clasifica como reservada. Por tanto, es necesario distinguir esas diferencias y formular una idónea y adecuada clasificación de la información, generando así una regla individualizada y pertinente para el caso, a través de aplicar la “prueba de daño e interés público” *ex officio*, con el propósito de obtener una versión que sea pública para la parte interesada. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 1523)

En específico, en materia penal, la Suprema Corte mexicana advirtió:

Las fracciones I y II del segundo párrafo del artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen que el derecho de acceso a la información puede limitarse en virtud del interés público y de la vida privada y los datos personales. Dichas fracciones solo enuncian los fines constitucionalmente válidos o legítimos para establecer limitaciones al citado derecho, sin embargo, ambas remiten a la legislación secundaria para el desarrollo de los supuestos específicos en que procedan las excepciones que busquen proteger los bienes constitucionales enunciados como límites al derecho de acceso a la información. Así, en cumplimiento al mandato constitucional, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece dos criterios bajo los cuales la información podrá clasificarse y, con ello, limitar el acceso de los particulares a la misma: el de información confidencial y el de información reservada. En lo que respecta al límite previsto en la Constitución, referente a la vida privada y los datos personales, el artículo 18 de la ley estableció como criterio de clasificación el de información confidencial, el cual restringe el acceso a la información que contenga datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización. Lo anterior también tiene un sustento constitucional en lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional, el cual reconoce que el derecho a la protección de datos personales –así como al acceso, rectificación y cancelación de los mismos– debe ser tutelado por regla general, salvo los casos excepcionales que se prevean en la legislación secundaria; así como en la fracción V, del apartado C, del artículo 20 constitucional, que protege la identidad y datos personales de las víctimas y ofendidos que sean parte en procedimientos penales. Así pues, existe un derecho de acceso a la información pública que rige como regla general, aunque limitado, en forma también genérica, por el derecho a la protección de datos personales. Por lo anterior, el acceso público –para todas las personas independientemente del interés que pudieren tener– a los datos personales distintos a los del propio solicitante de información solo procede en ciertos supuestos, reconocidos expresamente por las leyes respectivas. Adicionalmente, la información confidencial puede dar lugar a la clasificación de un documento en su totalidad o de ciertas partes o pasajes del mismo, pues puede darse el caso de un documento público que solo en una sección contenga datos confidenciales. Por último, y conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley, la restricción de acceso a la información confidencial no es absoluta, pues puede permitirse su difusión, distribución o comercialización si se el consentimiento expreso de la persona a que haga referencia la información. (Suprema Corte de la Nación, 2012, p. 655)

Las averiguaciones previas también son una excepción a la publicidad general. Solo las partes tendrán acceso a la carpeta de investigaciones:

En materia de derecho a la información pública, la regla general en un Estado democrático de derecho debe ser el acceso y máxima publicidad de la información. Sin embargo, la regla general presenta algunas excepciones, las cuales, por mandato constitucional, deben estar previstas en leyes en sentido formal y material. Una de estas excepciones es el caso de las averiguaciones previas, cuyo contenido debe considerarse como estrictamente reservado, en términos de lo dispuesto en el artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales, y de los artículos 13, fracción V, y 14, fracción III, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Ahora bien, esta limitante tampoco puede considerarse como absoluta y presenta una excepción –de modo que estamos ante una excepción a la excepción– consistente en que, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, no puede alegarse el carácter de reservado cuando la averiguación previa investigue hechos constitutivos de graves violaciones a derechos humanos o delitos de lesa humanidad. Las averiguaciones previas se mantienen reservadas en atención a que la difusión de la información contenida en ellas podría afectar gravemente la persecución de delitos y, con ello, al sistema de impartición de justicia. A pesar de lo anterior, la ley previó como excepción a la reserva de las averiguaciones previas aquellos casos extremos en los cuales el delito perseguido es de tal gravedad que el interés público en mantener la averiguación previa en reserva se ve superado por el interés de la sociedad en su conjunto de conocer todas las diligencias que se estén llevando a cabo para la oportuna investigación, detención, juicio y sanción de los responsables. Estos casos de excepción son las investigaciones sobre graves violaciones a derechos humanos y delitos o crímenes de lesa humanidad. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación recuerda que el Tribunal Pleno reconoció en la tesis jurisprudencial P./J. 54/2008, el doble carácter del derecho de acceso a la información, como un derecho en sí mismo, pero también como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. En este sentido, el Tribunal Pleno destacó que el derecho de acceso a la información es la base para que los gobernados ejerzan un control respecto del funcionamiento institucional de los poderes públicos, por lo cual se perfila como un límite a la exclusividad estatal en el manejo de la información y, por ende, como una exigencia social de todo Estado de Derecho. En virtud de lo anterior, cobra una especial relevancia la necesidad de permitir el acceso a la información que conste en averiguaciones previas que investiguen hechos que constituyan graves violaciones

a derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, pues estos supuestos no solo afectan a las víctimas y ofendidos en forma directa por los hechos antijurídicos, sino que ofenden a toda la sociedad, precisamente por su gravedad y por las repercusiones que implican. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, p. 652)

El precepto citado establece que: a) al expediente de averiguación previa solo tendrán acceso el inculpado, su defensor, así como la víctima u ofendido o su representante legal; b) la documentación y los objetos contenidos en ella son estrictamente reservados; c) para efectos de acceso a la información pública gubernamental únicamente deberá proporcionarse una versión pública de la resolución de no ejercicio de la acción penal, a condición de que haya transcurrido un plazo igual al de la prescripción de los delitos de que se trate, conforme al Código Penal Federal, sin que pueda ser menor de tres ni mayor de doce años, contados a partir de que dicha resolución haya quedado firme; y d) el Ministerio Público no podrá proporcionar información a quien no esté legitimado, una vez que haya ejercido la acción penal. Ahora bien, el derecho de acceso a la información pública no es absoluto y encuentra sus límites en el interés público, la vida privada y la información referida a los datos personales; de ahí que el precepto señalado vulnera este derecho, toda vez que prevé que toda la información contenida en la averiguación previa debe considerarse reservada sin tener criterios que permitan determinar casuísticamente cuál es la información que debe reservarse; esto es, la limitación de acceso a la información pública debe vincularse objetivamente con la realización de una prueba de daño, la cual consiste medularmente en la facultad de la autoridad que posee la información solicitada para ponderar y valorar mediante la debida fundamentación y motivación, el proporcionarla o no, en tanto que su divulgación ponga en riesgo o pueda causar un perjuicio real al objetivo o principio que trata de salvaguardar, y de manera estricta debe demostrarse que el perjuicio u objetivo reservado, resulta mayormente afectado que los beneficios que podrían lograrse con la difusión de la información. Lo anterior, conforme al principio de buena fe en materia de acceso a la información, previsto en el artículo 6o., fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone que toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 533)

Cuando las instituciones administrativas no han otorgado la información solicitada, la persona puede recurrir a las instituciones judiciales para que tutelen su derecho constitucional a la información:

El juicio de amparo indirecto se rige por sus propias reglas, en la medida en que se discuten violaciones a derechos fundamentales y debe primar un debido proceso que permita la tutela judicial efectiva de modo que, cuando de las constancias que se acompañen al informe justificado, se observe que la información remitida clasificada como reservada comprende los actos reclamados que desconoce el quejoso, debe permitírselle el acceso a la que sea necesaria, a fin de que pueda hacer valer lo que a su derecho e interés convengan, lo cual implica una reconsideración o revisión de los criterios de clasificación de la información, a efecto de conseguir este fin garantista. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p. 28)

- Un caso excepcional en materia democrática sucedió cuando una población en Michoacán decidió que no quería realizar elecciones sino tener un gobierno basado en los usos y costumbres de la población de Cherán.

Los pueblos originarios conservan muchos usos y costumbres. Entre ellos elegir autoridades, para resolver problemas entre las personas y para exigir a la autoridad. Sobre esta clase de asuntos, la Suprema Corte de Justicia mexicana estima que se debe conservar su identidad, pero que no puede protegerse una decisión que violenta los derechos fundamentales o humanos de las personas. Sin embargo, se podrían encontrar excepciones al debido proceso por tratarse de una costumbre. Por ejemplo, cuando alguien recibe un castigo corporal, sin poder presentar pruebas y sin tener una segunda instancia. O como medio para “educar” a los hijos menores.

El artículo 2o., apartado A, fracciones I y II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: “La Nación mexicana es única e indivisible. ... A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres”; sin embargo, la observancia al derecho de libre determinación (autonomía) de los pueblos y comunidades indígenas, contenido en ese dispositivo constitucional, particularmente en lo relativo a las formas internas de convivencia y organización tanto social como cultural, así como a la implementación de los sistemas normativos que les rijan, no conduce a estimar que la práctica de la violencia familiar pueda justificarse en el ejercicio de los usos y costumbres del pueblo autóctono al que pertenezca la sentenciada, pues si bien es cierto que la ejecución de medidas disciplinarias para regular el comportamiento

de sus hijos menores de edad está permitida en determinadas culturas indígenas, siempre y cuando su aplicación no trascienda los límites que establezca el sistema normativo de su comunidad, también lo es que tales usos y costumbres no pueden estar por encima del principio del interés superior del menor, previsto en el artículo 4o., párrafo octavo, de la Constitución Federal, que esencialmente consiste en garantizar el pleno respeto, satisfacción y ejercicio de los derechos de los niños y niñas (entre ellos, su sano desarrollo) lo cual se funda en la dignidad del ser humano y en las condiciones propias de la niñez. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 2353)

A propósito de la discusión en el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre la controversia promovida por el Concejo Mayor de Cherán contra la reforma constitucional en materia indígena aprobada por el Congreso local de Michoacán, las autoridades del ayuntamiento indígena de este municipio pidieron declarar inválida la reforma constitucional aprobada a finales de 2011, en razón a que no se consultó a los pueblos indígenas del Estado y a que no reconoce el derecho de los pueblos a elegir sus autoridades municipales por usos y costumbres (Aranda, 2014, p. 10). Ello contraviene sus derechos colectivos establecidos en los tratados internacionales, mismos que forman parte del marco jurídico mexicano tras la reforma al artículo 1 de la constitución política mexicana. Además, va en contra de que fueron reconocidos a nuestro municipio por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en 2011. Los propios ministros advirtieron la relevancia de este caso para avanzar en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. El martes 27 de mayo discuten los temas de fondo de la controversia. Si los ministros votan un proyecto favorable, estaríamos ante el primer caso en Latinoamérica en que un poder judicial reconoce el derecho a la consulta en materia legislativa. Estamos atentos a la sesión del pleno para ver si declaran inválida la reforma constitucional del estado de Michoacán y declaren la necesidad de que se realice una consulta para una nueva reforma que cumple con los estándares internacionales en la materia (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014).

- Hay otro tema en que el debido proceso presumió la paternidad en razón a que la persona se negó a practicarse el examen. En estos casos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ante la falta de una prueba genética y la negación del que se presumía y se acusaba como el progenitor, operaba como una prueba en contrario al no querer realizar esta prueba que determinaría si existe esa paternidad, y con ello el vínculo entre padre y su descendiente, y las debidas obligaciones.

Conforme a los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3o., 6o., 7o. y 8o. de la Convención sobre los Derechos

del Niño y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los menores tienen derecho a conocer su identidad, y la importancia de ese derecho fundamental no solo radica en la posibilidad de que conozcan su origen biológico (ascendencia), sino en que de ese conocimiento deriva el derecho del menor, constitucionalmente establecido, de que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral, además de que puede implicar el derecho a una nacionalidad determinada. Por otra parte, los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León y del Estado de México establecen medidas de apremio a través de las cuales los Jueces y Magistrados pueden lograr que sus determinaciones se cumplan. Así, cuando en un juicio de paternidad se ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética (ADN) y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, es constitucional que se le apliquen dichas medidas para que se cumpla la determinación del juzgador, pero si a pesar de esas medidas no se logra vencer la negativa del demandado para la realización de la prueba, esto no significa que se deje a merced de la voluntad del presunto ascendiente el interés superior del menor, y que dicha negativa u oposición para la práctica de la prueba quede sin consecuencia alguna, ya que en todo caso debe operar la presunción de la filiación controvertida porque, por una parte, el artículo 190 bis V del Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León así lo señala expresamente y, por otra, aunque la legislación del Estado de México no precisa esa circunstancia en una norma expresa, atendiendo al interés superior del niño y de una interpretación extensiva y analógica de los artículos 1.287 y 2.44 del Código Procesal Civil de esa entidad federativa, que establecen los supuestos de confesión ficta y reconocimiento de documentos, se concluye que ante la negativa del presunto ascendiente a practicarse la mencionada prueba, debe operar la presunción de la filiación, salvo prueba en contrario, pues como se ha dicho, considerarlo de otra manera llevaría a dejar el interés superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor y no se respetaría su derecho fundamental a conocer su identidad. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 112)

- Un tema muy interesante es cuando no se permite el derecho a recurrir o también conocido como apelación. Lo primero que se debe razonar, reflexionar y considerar es si un proceso debe contar con un procedimiento de inconformidad o si por economía procesal se podría imponer un proceso uninstitucional.

La doctrina señala que es parte de un proceso el poder apelar a un criterio porque se cree que se conculcó un derecho, no consideró algo adecuadamente, no se llevó de la forma que expresa la ley, entre otros. Sin embargo, por cuestiones

de economía procesal o por no contemplarse en la norma se ha derogado esta parte del proceso.

La imposibilidad legal de la doble instancia se ubica en asuntos como: la cuantía de la causa, juicio político, usos y costumbres, entre otros.

Los artículos citados consagran el derecho humano a la doble instancia en materia penal, con las siguientes características: a) del medio de impugnación debe conocer el juez o tribunal distinto al que dictó la sentencia condenatoria y de superior jerarquía orgánica, el cual deberá reunir las mismas cualidades jurisdiccionales que lo legitimen para conocer del caso concreto, como si se tratara del juez de primer grado y b) el derecho de interponer el recurso debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, porque el primer precepto establece expresamente que, durante el proceso, toda persona inculpada tiene derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, lo que se corrobora con el segundo numeral, conforme al cual, toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Ahora bien, el derecho humano a la doble instancia en materia penal exige brindar al condenado la posibilidad de recurrir el fallo mediante un recurso que permita un reexamen, a petición del condenado, de la primera instancia, lo que constituye un derecho humano de este en el juicio penal. Lo anterior revela que el derecho humano consagrado en los pactos citados constituye el derecho a la segunda instancia, porque el doble examen del caso es el valor garantizado en esos pactos internacionales: la doble instancia de jurisdicción. Esto es, el doble examen del caso implica la renovación integral del juicio por un Juez o tribunal distinto sobre la cuestión sometida a su decisión, con la posibilidad de evaluar en forma diversa la prueba obtenida en la primera instancia, así como de reasumir nuevamente la valoración de las pruebas viejas y asumir las nuevas o ulteriores ofrecidas, admitidas y desahogadas en la segunda instancia, en los términos que la legislación ordinaria prevea. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014)

- En los asuntos de desaparición de personas, el juez de Distrito mexicano puede tramitar y dictar las medidas necesarias para la localización de los desaparecidos, aun sin haber admitido la demanda, lo que hace atípico este proceso por la importancia del bien tutelado.

El delito de desaparición forzada de personas, acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana

sobre Derechos Humanos y la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, al implicar al mismo tiempo, vulneraciones conexas de sus derechos a la vida, integridad personal, libertad y el reconocimiento a la personalidad jurídica. Por ello, el legislador estableció que el juzgador de amparo proveyera de inmediato acerca de la suspensión de oficio y de plazo, aun sin haber admitido la demanda, pues la falta de esa formalidad no lo imposibilita a requerir a las autoridades sus informes con justificación y obtener datos de la localización o paradero de los desaparecidos, ya que la teleología de un delito de lesa humanidad –como lo es la desaparición forzada de personas–, catalogado como plurifensivo violenta, entre otros derechos, el reconocimiento a la personalidad jurídica de la víctima, al sustraerla de la protección que le es debida, con la intención clara y deliberada de eliminar la posibilidad de que interponga las acciones legales, excluyéndola del orden jurídico e institucional; tan es así que el artículo 15 de la Ley de Amparo señala que el juez de Distrito no puede imponer una temporalidad para que comparezcan los desaparecidos, pues su objetivo a través del *habeas corpus* está dirigido a obtener su localización, para lo cual, su párrafo sexto dispone que cuando advierta de la demanda de amparo la posible comisión de dicho delito, tendrá un término no mayor de veinticuatro horas para darle trámite, lo que evidencia que el legislador destacó que las formalidades regulares de que está previsto el juicio de amparo, en estos supuestos, adquieren un tratamiento diverso ante la violación grave y simultánea de derechos humanos, pues la persona desaparecida está imposibilitada para gozar y ejercer otros y, eventualmente todos los derechos de los cuales es titular, al sustraerla de todo ámbito del ordenamiento jurídico, dejándola en una suerte de limbo o indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado; situación que el sistema jurídico mexicano debe tutelar a través del juicio de amparo; sin que ello implique inobservar las formalidades del recurso judicial efectivo que constituye, pues sus reglas de admisibilidad y trámite, en supuestos de desaparición forzada de personas, le vienen impuestas al órgano de control constitucional por la propia ley; de ahí que el juez de Distrito puede tramitar y dictar las medidas necesarias para la localización de los desaparecidos, aun sin haber admitido la demanda.  
(Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 239)

- La libertad contractual de las personas puede hacer que en sus convenios se supriman ciertos derechos y procesos.

La libertad contractual suele identificarse con la “autonomía de la voluntad” y encuentra su límite en las leyes de orden público o las buenas costumbres, es decir, la licitud en el objeto; por tanto, ese

es el límite en que deben juzgarse los convenios concertados dentro de una asociación civil cuyo objeto es la prestación de servicios profesionales. Luego, las obligaciones de lealtad asumidas por un socio por la separación de la asociación no se catalogan como objeto ilícito, pues la sociedad fue producto de la voluntad de los socios, que pactaron su creación en beneficio de intereses comunes y, por ello, el pacto de “no hacer”, es decir, no ofrecer servicios a los clientes de la asociación durante un periodo de tiempo determinado no implica inobservancia de una disposición de orden público, por la limitación a la garantía de trabajo a que se refiere el artículo 50. constitucional, dimensionada en los aspectos de que, no impedir el ejercicio de la profesión, industria, comercio o trabajo lícitos: a) solo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen derechos de terceros o b) por resolución gubernativa, cuando se ofendan los derechos de la sociedad; ya que no debe perderse de vista que el convenio no restringe, ni prohíbe total o parcialmente el ejercicio de la profesión sino que su obligación consistió en un deber de lealtad y probidad para con los clientes y personal de la asociación, dado que no es sino la materialización de los efectos de la libertad de trabajo que previamente ejerció (al incorporarse a una organización profesional) y los compromisos voluntariamente asumidos al separarse, pues no puede soslayarse que en las empresas o sociedades cuyo giro es la prestación de servicios, los activos intangibles más importantes y que permiten su supervivencia son el personal de la propia empresa, el prestigio y sus clientes. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 1053)

Por ejemplo, en los casos de arbitraje las partes pueden renunciar a la jurisdicción, y que sus diferencias se resuelvan en un arbitraje, con las características que ellos señalen de manera previa.

El concepto genérico de “arbitraje” (vocablo que proviene del latín *adbiter*, formado por la preposición *ad*, y *arbiter* que significa “tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia”) se refiere al proceso de solución de conflictos –distinto a la jurisdicción estatal– mediante el cual se dirimen controversias entre intereses particulares y surge de sus voluntades, las que se expresan en un compromiso por medio del cual prefieren concordar sus entredichos con base en el consejo o avenencia de otra persona de su confianza (física o colectiva) a la que regularmente se le llama “árbitro”, “avenidor” o “arbitrador”, en cuyas manos las partes eligen colocar voluntariamente la respuesta al problema que las enfrenta, buscando lograr así el esclarecimiento del conflicto con una decisión práctica y sustancialmente diversa de la jurisdicción, que proviene de

la autodeterminación de las sociedades que deciden entregar al Estado la potestad pública de tutelar los conflictos intersubjetivos en juicios. Desde esta perspectiva, el arbitraje, en principio, no supone la solución de diferencias mediante el proceso jurisdiccional sino a partir de la voluntad, destacando que aun cuando la competencia de los tribunales arbitrales no está determinada por la ley, finalmente así debe estimarse indirectamente en la medida en que el acuerdo para comprometer en árbitros una problemática tendrá que hacerse mediante un compromiso que deberá ajustarse a las leyes aplicables, por lo que la competencia arbitral tiene en cierta forma un origen legal y, por ende, está supeditada a la legalidad y en última instancia, a través de ésta, a la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos. (Centro de Arbitraje de México, 2009, p. 432)

- Actualmente los migrantes en los Estados Unidos de América, cuando son detenidos por su situación migratoria, no se les respeta su debido proceso. Por ejemplo, la organización Agenda Migrante denunció que cuatro de cada cinco deportaciones se realizan sin el debido proceso, por lo que urgió a las autoridades a atender a los mexicanos indocumentados en ese país (Ahmad, 2018).

Durante el Encuentro Interparlamentario de los Países del Triángulo Norte ante la coyuntura migratoria hacia Estados Unidos, en el que participaron legisladores de México, Honduras, El Salvador y Guatemala, se analizó el contexto de las personas que migran hacia el norte del continente.

Parte de los hallazgos se basan en cifras de organizaciones civiles, entre estas Agenda Migrante, que señala que en 2017 se registraron 167 064 deportaciones, y durante los primeros meses de 2018 se registró un repunte del 40 %; además de 60 000 casos pendientes en las 56 cortes migratorias de Estados Unidos.

La coordinadora de Agenda Migrante, Eunice Rendón, insistió en la necesidad de poner a la comunidad migrante al centro de la relación con Estados Unidos, al tiempo de negociar temas de seguridad y migración de manera integral, asegurando el respeto y trato digno de menores y connacionales.

Mencionó que cuatro de cada cinco deportaciones se hacen sin respeto al debido proceso, por lo que destacó la necesidad de un compromiso compartido que satisfaga las necesidades de la comunidad migrante.

The immigration system contains an unnecessary and unconstitutional lack of rights that is unheard of in the criminal justice system. No one should be in immigration detention without a constitutionally adequate bond hearing in which the government bears the burden of showing that detention is necessary –to protect against danger to the community

or flight risk- and that no alternative release conditions would suffice. (ACLU, s. f.)

The United States also has mandatory and disproportionate deportation laws that needlessly separate families. Reform should restore discretion to consider the equities in every individual's case. Reform should also ensure access to counsel in immigration proceedings, as effective judicial review is an integral component of due process. More than half of individuals in immigration court proceedings are currently unrepresented, including 84 percent of those in detention. (Mallya, 1993)

- Los testigos protegidos son parte de una política penal que permite la confesión de personas que conocieron de los casos criminales en que estuvieron presentes o de los que formaron parte activa. Este tipo de testimonio limita el derecho a la defensa del imputado y es una violación al principio de contradicción, de igualdad procesal, y obviamente al debido proceso (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015).

Las declaraciones de los testigos protegidos no pueden tener, apriorísticamente, un valor preponderante, pues están condicionadas a la constatación de efectividad/utilidad por parte de las autoridades jurisdiccionales; de ahí que dichas declaraciones constituyen meros indicios susceptibles de adminicularse con otros medios de prueba. Ahora bien, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien por un lado la reserva de identidad del testigo limita el ejercicio del derecho de defensa y, por otro, el deber de las autoridades de garantizar los derechos a la vida e integridad de los testigos sin rostro puede justificar la adopción de medidas de protección de aquéllos, en dichos supuestos debe analizarse si las reservas de identidad se adoptaron sujetas a control judicial, fundándose en los principios de necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional, y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo. Así, la afectación al derecho de defensa debe estar contrarrestada por medidas de contrapeso, por ejemplo, que: i) la autoridad judicial conozca la identidad del testigo y que tenga la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio para que pueda formar su impresión sobre la confiabilidad del testigo y su declaración; y ii) la defensa tenga una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso; debe destacarse que, aun cuando se adopten medidas de contrapeso que parecerían suficientes, la condena no puede estar fundada solo o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada.

(Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p. 994)

Dado que el artículo 14 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece: “Cuando se presume fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio en contra de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a juicio del Ministerio Público de la Federación, mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal”, es necesario hacer del conocimiento del imputado, en la audiencia pública en la que rinde su declaración preparatoria, los nombres reales y datos generales de los testigos protegidos que declaren en su contra en términos del artículo 154 del Código Federal de Procedimientos Penales, a fin de respetar las garantías de legalidad y seguridad jurídica previstas en los artículos 14 y 20, apartado A, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 18 de junio de 2008; lo anterior es así, toda vez que la reserva de la identidad de los testigos a que se refiere el primero de los preceptos citados, termina con la consignación de la averiguación previa al Juez, por ser el acto procesal en que se ejerce la acción penal. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011, p. 563)

Sin embargo, ante estos casos en que el proceso se llevaba de forma excepcional, alguien recurrió a los tribunales judiciales para que se dudara no de la prueba, sino de la veracidad de los testigos que presentaba la Fiscalía.

El desahogo de la prueba pericial en materia de psicología forense es inconducente para desestimar las declaraciones de los testigos protegidos, al existir otras formas de justificar su falta de probidad e independencia al declarar, como pudiera ser el resultado de los interrogatorios que se le practiquen, o bien, que sus atestes se desvirtúen por encontrarse en oposición con otras pruebas, para lo cual el juzgador en su momento habrá de atender a las reglas de la valoración de la prueba que para tal efecto se establecen en el Código Federal de Procedimientos Penales y en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, p. 2429)

- Continuando con el tema de los procesos atípicos que desfavorecen a una de las partes, se presenta la designación de una pensión alimenticia para los menores. En estos casos se hace prevalecer la importancia de los derechos de los niños y menores y la imposibilidad de reparar el daño, si ellos no contaran con sus alimentos, por lo que esta excepción al debido proceso se justifica en pos de tutelar los derechos de terceros.

Al resolver la contradicción de tesis 73/2014, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que decretar el divorcio sin la expre-

sión de cónyuge culpable no implica desconocer la necesidad de resolver cuestiones familiares relacionadas con la disolución del matrimonio como pudieran ser la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencia con el no custodio, los alimentos o alguna otra cuestión semejante. De igual forma, en el amparo directo en revisión 269/2014 enfatizó que, si bien al disolverse el vínculo matrimonial la obligación de darse alimentos se extingue, también lo es que esa nueva situación puede dar lugar a una obligación a la que se denomina pensión compensatoria, cuya naturaleza es distinta a la relación alimentaria que se da durante el matrimonio, pues el presupuesto básico para su procedencia es la existencia de un desequilibrio económico. Bajo esa perspectiva, no puede sostenerse que se vulnera la garantía de audiencia ni el debido proceso al fijarse una pensión compensatoria, cuando en el juicio natural se demandó tanto el divorcio como la cancelación de la pensión alimenticia, pues en este supuesto la litis no solo se concreta a la disolución del vínculo matrimonial, sino también a la cuestión alimentaria, esto es, la subsistencia o no del derecho a percibir alimentos por parte de uno de los cónyuges. En tales condiciones, al existir un planteamiento relativo a que subsista o no el derecho a continuar percibiendo alimentos, atendiendo a los criterios emitidos por el Alto Tribunal, el juzgador se encuentra constreñido a analizar, como una cuestión inherente al divorcio, por ser litis, la procedencia o no del otorgamiento de una pensión compensatoria. Luego, si la procedencia o no de la pensión es materia de *litis*, por haberse planteado en la demanda que dio origen al juicio de divorcio la cancelación de la pensión originaria, al fijarse aquella por el juzgador, no se vulnera la garantía de audiencia y el debido proceso, dado que durante el juicio el cónyuge a cuyo cargo se fijó tuvo la oportunidad de defenderse y demostrar que no subsiste el derecho de su exconsorte a percibir alimentos, aunque en este caso bajo la modalidad de compensatoria. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017)

Lo anterior no significa que la persona quede en estado de indefensión. Sino que posteriormente tendrá el derecho de audiencia y de presentar pruebas de descargo para exponer sus argumentos y para desahogar los elementos de convicción en el proceso.

Si bien es cierto que toda contienda judicial en que se vean involucrados los derechos a los menores debe resolverse sin desatender el principio básico del interés superior del niño, de conformidad con el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, también lo es que tal circunstancia no se traduce en que el juez deba dejar de conceder a sus deudores alimentarios la oportunidad de ser oídos previamente a establecer el monto

líquido a pagar por concepto de pensión alimenticia definitiva, pues ello equivaldría a dejar de cumplir con la garantía de audiencia establecida en los artículos 14 constitucional y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en cambio, otorgarles la oportunidad de hacer valer lo que corresponda con relación a la liquidación, no significa que se dejen de atender las necesidades del acreedor alimentario, ya que las formalidades esenciales del procedimiento deben observarse dentro de un justo equilibrio que, por un lado, no deje en estado de indefensión a las partes y, por el otro, asegure una resolución pronta y expedita de la controversia; además de que el caso referido actualiza un supuesto distinto del que se configura tratándose de la fijación de la pensión alimenticia provisional, hipótesis en la que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que debe darse preferencia al derecho de percibir alimentos inmediatamente, sobre el derecho a ser escuchado previamente, por tratarse de una medida transitoria, que se aplica durante el procedimiento y, por ello, solo constituye un acto de molestia y no de privación. Tampoco es obstáculo a lo señalado, lo dispuesto por el artículo 942, primer párrafo, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, conforme al cual no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración, preservación, restitución o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos; pues en el caso que nos ocupa, atinente a la liquidación de pensiones alimenticias adeudadas, dicho precepto legal no tiene el alcance de establecer que en materia de alimentos pueda dejar de cumplirse con las garantías de audiencia, legalidad y debido proceso del deudor alimentario pues, de estimarse así, se colocaría a la ley secundaria por encima de las normas constitucionales, en contravención a lo dispuesto por el artículo 133 constitucional. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 1296)

- En el Acta patriota de los EE. UU. que entró en vigor inmediatamente después del 11 de septiembre de 2001, no solo legalizó la escucha de las conferencias telefónicas, los derechos de los detenidos, la intercepción de la correspondencia y los mensajes del correo electrónico y la vigilancia externa sino también formas más refinadas de intervención en la vida privada, como sustracción en secreto de documentos de trabajo e historias clínicas. Los servicios secretos hasta llegaron a ver las tarjetas bibliotecarias de los estadounidenses a fin de saber si leen literatura subversiva. Y todo eso sin autorización judicial (Barth, 2015).

Paralelamente, en Estados Unidos se han instituido “comisiones militares” que de hecho son consejos de guerra integrados por tres miembros para ver casos de ciudadanos extranjeros sospechosos de terrorismo. El estatuto de estos órganos

no preveía observar el principio de la presunción de inocencia como tampoco requería unanimidad para meter a una persona entre rejas en la base militar de Guantánamo. El poder ejecutivo también se arrogó el derecho de declarar a algunos ciudadanos extranjeros “combatientes enemigos” e interrogarlos aplicando torturas en las cárceles secretas de Europa, lo más lejos posible de las costas americanas a fin de no responder por las burdas violaciones de procedimientos judiciales. Concretamente, los sospechosos eran detenidos por algún tiempo sin que se les formulara acusación concreta, negándoles todo acceso a los abogados (ACLU, s. f.).

- Uno de los factores para considerar si hubo un debido proceso es el tiempo que tomó resolver la causa. Pero qué tanto tiempo se necesita para considerar que no hubo una justicia pronta o si en el tiempo tomado para juzgar un proceso existe una demora justificada debido a su naturaleza o por causas no atribuibles a la autoridad.

En relación con el concepto de demora o dilación injustificada en la resolución de los asuntos, el artículo 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, coincidente en lo sustancial con el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece que los tribunales deben resolver los asuntos sometidos a su conocimiento dentro de un plazo razonable, como uno de los elementos del debido proceso; aspecto sobre el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido cuatro elementos o parámetros para medir la razonabilidad del plazo en que se desarrolla un proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Además de los elementos descritos, el último de los tribunales internacionales mencionados también ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo, el conjunto de actos relativos a su trámite, lo que ha denominado como el “análisis global del procedimiento”, y consiste en analizar el caso sometido a litigio de acuerdo con las particularidades que representa, para determinar si un transcurso excesivo de tiempo resulta justificado o no. Por tanto, para precisar el “plazo razonable” en la resolución de los asuntos debe atenderse al caso particular y ponderar los elementos descritos, conforme a criterios de normalidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad para emitir un juicio sobre si en el caso concreto se ha incurrido en una dilación o retardo injustificado, ya que una demora prolongada, sin justificación, puede constituir, por sí misma, una violación a las garantías judiciales contenidas tanto en los aludidos artículos como en el numeral 17 de la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos, por lo que el concepto de “plazo razonable” debe concebirse como uno de los derechos mínimos de los justiciables y, correlativamente, como uno de los deberes más intensos del juzgador y no se vincula a una cuestión meramente cuantitativa sino fundamentalmente cualitativa, de modo que el método para determinar el cumplimiento o no por parte del Estado del deber de resolver el conflicto en su jurisdicción en un tiempo razonable, se traduce en un examen de sentido común y sensata apreciación en cada caso concreto. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, p. 1452)

- Un caso en que puede suceder una excepción al debido proceso penal es partir de la interpretación en beneficio de la protección de los derechos de la persona.

El objeto y fin del reconocimiento positivo convencional y constitucional de los derechos humanos están dirigidos a garantizar la protección de la dignidad humana. Por lo que respecta a los procedimientos judiciales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que uno de los fines fundamentales del proceso es la protección de los derechos de los individuos; por tanto, al existir un vínculo íntimo entre los derechos humanos y el procedimiento judicial, el principio de progresividad encuentra contexto propicio para desarrollar su efecto útil. Un ejemplo claro del desenvolvimiento garantista del debido proceso es el de índole penal, porque con motivo de los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se han ido incorporando nuevos derechos sustantivos. Los de defensa adecuada y exclusión de la prueba ilícita son parte importante de ese desarrollo con fines protectores de la dignidad humana, cuya construcción y reconocimiento han sido continuos y tienen como referente las reformas constitucionales que han ampliado su efecto protector. Por ende, los criterios emitidos por ese Alto Tribunal pueden aplicarse para el análisis de casos actuales, pues la jurisprudencia reciente no afecta el derecho de la persona a la no retroactividad de la ley, con motivo de que con respecto a la jurisprudencia no se pueden suscitar conflictos de leyes en el tiempo. Correlativamente con ello, en términos del artículo 217 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es de aplicación obligatoria y, por tanto, aun cuando los hechos delictivos, la tramitación de la causa penal y su resolución, impugnada como acto reclamado en el amparo directo, hayan ocurrido con antelación a la emisión de esos criterios jurisprudenciales, el juzgador, en observancia del principio pro persona y a fin de garantizar la protección más amplia a los derechos del gobernado como base de la tutela de la dignidad humana, debe acatar las pautas de interpretación establecidas en consonancia con esa nueva tendencia protecciónista incorporada al

régimen constitucional. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, p. 2146)<sup>14</sup>

- La cosa juzgada es la inmutabilidad e irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia definitiva cuando contra ella no procede ningún recurso susceptible de modificarla o ha sido consentida por las partes (Palacio, 1979, p. 498). La doctrina moderna distingue dos especies de cosa juzgada: la formal y la material.

La primera está encaminada a operar exclusivamente en el proceso, pues consiste en la irrecorribilidad de la sentencia en su certeza jurídica, en virtud de que con la realización de ciertos actos o con el transcurso de los plazos se extingue el derecho que pudiera haberse ejercido para realizar determinados actos procesales. En cambio, la material, además de tener como base esa irrecorribilidad de la sentencia dentro del proceso, su firmeza o inmutabilidad debe ser respetada fuera del proceso o en cualquier otro procedimiento en que se pretenda promover exactamente el mismo litigio. Luego, la primera es el presupuesto de la segunda y el significado de ambas puede condensarse así: cosa juzgada formal, igual a irrecorribilidad; cosa juzgada material, igual a indiscretibilidad. Ahora bien, si el juzgador no entró al fondo del asunto y durante una de las fases del procedimiento dicta resolución que adquiere el carácter de definitiva, por no ser recurrible o porque siéndolo no se impugnó, esa resolución adquiere el carácter de irrecorrible, de manera que en atención a la cosa juzgada formal no podrá ejercitarse esa misma acción en la vía que se declaró improcedente cuando se funde en el mismo documento.

Para que haya la excepción a la cosa juzgada, que es parte del debido proceso, se requiere:

Que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que esta se invoque concurran identidad en la cosa demandada (*eadem res*), en la causa (*eadem causa pretendit*), y en las personas y la calidad con que intervinieron (*eadem conditio personarum*). Ahora bien, si la identidad en la causa se entiende como el hecho generador que las partes hacen valer como fundamento de las pretensiones que reclaman, es requisito indispensable para que exista cosa juzgada que se atienda no únicamente a la causa próxima (consecuencia directa e inmediata de la realización del acto jurídico) sino además a la causa remota (causal supeditada a acontecimientos supervenientes para su consumación) pues solo si existe esa identidad

14 En observancia del principio pro persona y a fin de garantizar la protección más amplia a los derechos del gobernado como base de la tutela a la dignidad humana, el juzgador debe acatarla, aun cuando los hechos delictivos, la tramitación de la causa penal y su resolución, hayan ocurrido antes a su emisión.

podría afirmarse que las cuestiones propuestas en el segundo procedimiento ya fueron materia de análisis en el primero, y que por ello deba declararse procedente la excepción con la finalidad de no dar pauta a posibles sentencias contradictorias. Lo anterior en el entendido de que cuando existan varias acciones contra una misma persona respecto de una misma cosa, deben intentarse en una sola demanda todas las que no sean contrarias, ya que el ejercicio de una extingue las otras, salvo que fuera un hecho superveniente debidamente acreditado. Por tanto, es claro que esto último no se daría si la causa remota que se involucra en uno y otro son distintas, con mayor razón si la causa próxima también es otra.  
(Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, 1997)

La cosa juzgada formal se produce cuando la sentencia se torna inimpugnable dentro del proceso en el que fue emitida y, precisamente, ese es un requisito, en principio, para la puesta en marcha de las funciones de los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Claro que el objetivo consistente en dejar sin efecto una cosa juzgada *írrita* exige una sentencia que dé respuesta a una pretensión autónoma, introducida por alguien que alegue ser titular de un interés no satisfecho ya por la sentencia de la Corte IDH y seguida de un debido proceso. La cosa juzgada, con sus efectos de inmutabilidad e inimpugnabilidad impide volver sobre lo que se ha decidido (De Santo, 1982, p. 500).

- a) “Pensar en la noción de “cosa juzgada” sin hacerlo a la vez en el *non bis in idem*, es prácticamente un sinsentido; por lo tanto, cuando el al Estado prohíbe juzgar a una persona dos veces por el mismo hecho está haciendo referencia a ambas.
- b) Teniendo presente lo anterior, carece de sentido lógico afirmar que uno de los principios citados se aplica en materia penal y el otro en civil, pues como ya se dijo, no se trata de dos principios diferentes. Es probable que en cada una de las dos áreas del derecho se concrete de manera diferente, al igual que en laboral o administrativo; pero sin lugar a dudas se trata del mismo principio de derecho.
- c) Salvo el inciso tercero, que se refiere específicamente a la favorabilidad en materia penal, habla en general de los procesos en todas las ramas del derecho. ¿Sería plausible entender que el inciso cuarto también se refiera únicamente al ámbito penal? De responder afirmativamente tal afirmación, se llegaría al absurdo de tener que concluir que la Constitución no consagra para los procesos civiles, laborales o administrativos, el derecho a la defensa, a la asistencia de un abogado, a un proceso sin dilaciones

injustificadas, a presentar y controvertir pruebas, a impugnar la sentencia y, por último, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

d) En el bloque de constitucionalidad, esto es, aquellos tratados y convenios internacionales que hacen parte del ordenamiento jurídico nacional en virtud del artículo 93 de la Constitución, también se encuentran disposiciones que se pronuncian en el mismo sentido. Tal es el caso de los numerales primero y cuarto del artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica” (Ley 16 de 1972); y de los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

e) Si se tiene por injusto que a una persona se le juzgue o condene, así sea pecuniariamente, en dos ocasiones por lo mismo, el artículo segundo de la Constitución, en concordancia con el 29 ya citado, impedirá que esto se produzca. Las normas de carácter procesal, como parte integral del orden vigente, han de ser justas.

En conclusión, la Constitución Política de Colombia incluye la protección a la “cosa juzgada” como parte constitutiva del debido proceso; por tanto, ella se erige como una garantía constitucional de carácter fundamental, que en caso de violación, puede ser protegida por medio de la acción de tutela. Por ejemplo, en el reconocimiento de inocencia en el Código Nacional de Procedimientos penales de México (artículo 486), se invalida el estado de cosa juzgada y se otorga el derecho a que se absuelva al reo.

Procederá cuando después de dictada la sentencia aparezcan pruebas de las que se desprenda, en forma plena, que no existió el delito por el que se dictó la condena o que, existiendo este, el sentenciado no participó en su comisión o bien cuando se desacrediten formalmente, en sentencia irrevocable, las pruebas en las que se fundó la condena. (Congreso General de los Estados Mexicanos, 2016, p. 166)

- 141
- Para finalizar con estos ejemplos de casos excepcionales al cumplimiento del debido proceso, se presenta la falta de audiencia que sucedía en los casos de expropiación, en que la excepción procedural dejaba en indefensión a la persona.

Conforme al artículo 197 de la Ley de Amparo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación modifica la jurisprudencia 834, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, página 1389, con el rubro: “EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE”,

porque de una nueva reflexión se concluye que de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, los actos privativos de la propiedad deben realizarse, por regla general, mediante un procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que son las señaladas en la jurisprudencia P.J. 47/95, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO", las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias, 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa, 3) la oportunidad de alegar y 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. En ese sentido, tratándose de actos privativos como lo es la expropiación, para que la defensa sea adecuada y efectiva debe ser previa, en orden a garantizar eficazmente los bienes constitucionalmente protegidos a través del mencionado artículo 14, sin que lo anterior se contraponga al artículo 27 de la Constitución Federal, pues si bien es cierto que este precepto establece las garantías sociales, las cuales atienden a un contenido y finalidades en estricto sentido al régimen de propiedad agraria, y por extensión a las modalidades de la propiedad, al dominio y a la propiedad nacional, también lo es que la expropiación no es una garantía social en el sentido estricto y constitucional del concepto, sino que es una potestad administrativa que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas concretas, y que obedece a causas establecidas legalmente y a valoraciones discrecionales de las autoridades administrativas; además, la expropiación es una potestad administrativa dirigida a la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien particular decretada por el Estado, con el fin de adquirirlo. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, p. 468)

Para terminar este trabajo se presentan algunas conclusiones que recopilan los principales aportes en este tema.

## CONCLUSIONES

Las excepciones al debido proceso son un tema que provocan al sistema jurídico tutelar un bien sobre otro. Esta ponderación tiene por objeto proteger no tanto a la persona sino que haya una impartición de justicia más real, menos rigorista, que legitime el trabajo del poder judicial con procesos razonables, para que se produzcan sentencias justas.

La intervención del juzgador es primordial en las excepciones al debido proceso. Los casos en que estas pueden generarse son de dos tipos: las que se determinan en la norma y en las que el juzgador, en aras de proteger un derecho puede utilizar los principios que gobiernan al sistema jurídico para ponderar e intervenir en algún procedimiento.

Es posible que se piense que se podría otorgar una preferencia a una de las partes con esas intervenciones en el proceso; mas no es así. Si la autoridad no puede llevar un proceso eficiente afrenta un motivo para que instrumentalice una excepción al proceso, para que se pueda administrar el proceso en forma de que se proteja el estado de justicia.

La excepción en el debido proceso no es un privilegio ni la falta de imparcialidad es un espacio para la legitimación del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agresto, J. (1990). *Constitutional power*. Chicago: Chicago Press.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho*. México: UNAM.
- Barth, S. (2015). *5 maneras en que la Ley Patriota viola la Cuarta Enmienda*. Recuperado de <https://www.newsmax.com/fastfeatures/patriot-act-law-enforcement-fourth-amendment/2015/06/04/id/648618/> Página consultada el 21 de diciembre del 2018
- Bickel, A. (1999). *The last dangerous power*. New Haven: Yale Press.
- Bix, B. (2004). *Jurisprudence*. North Carolina: Carolina Academic Press.
- Bonilla, S. (2008). Derecho de acceso a la información pública. Un derecho en construcción. *Revista Justicia. Punto de Equilibrio*.
- Cabo de la Vega, A. (1997). *Lo público como supuesto constitucional*. México: UNAM .
- Canabellas, G. (2001). *Diccionario jurídico*. Guatemala: Datascan .....
- Carpizo, J. (2006). *Concepto de democracia*. México: UNAM.

- Congreso General de los Estados Mexicanos. (2016). *Código Nacional de Procedimientos Penales*. Recuperado de [http://www.paot.org.mx/centro/codigos/federal/pdf/2016/CODIGO\\_NAL\\_PROC\\_PENALES\\_12\\_01\\_2016.pdf](http://www.paot.org.mx/centro/codigos/federal/pdf/2016/CODIGO_NAL_PROC_PENALES_12_01_2016.pdf)
- Cox, R. (1998). *Four Pillars of Constitutionalism*. Nueva York: Prometheus Books.
- Cuadra H. (1959). *La evolución Constitucional de Francia a través de sus Constituciones de 1875-1946-1958*. México: UNAM .
- De Santo, V. (1982). *El proceso civil*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Ezquiaga, F. (2010). *Conflictos normativos e interpretación jurídica*. México: Tribunal electoral del Estado de Michoacán.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2007). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Garapón, A. (1997). *Juez y democracia*. Madrid: Flor de Viento.
- Hernando, E. (2001). Entre la excepción y la regla. *Revista Isonomia*, N.º14. México.
- Hernández, R. (1992). *Los principios constitucionales*. Costa Rica: Escuela Judicial.
- Hunter, A. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta\*. *RDUCN*, 22 (1). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015>
- Muñoz, L. (1997). *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso*. Bogotá: Temis.
- Nieto, S. (2002). *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral*. México: UNAM.
- Orozco, J. (2004). *Justicia electoral y garantismo jurídico*. México: Porrúa.
- Palacio, L. (1979). *Derecho procesal civil*. Tomo V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Rosales, C. M. (2017). La excepción ratifica la regla, *Revista Foro*, 20(2). Madrid.

- Salazar, P. (2006). "Justicia constitucional y democracia: el problema de la última palabra". En *Corte, jueces y política*. México: Fontamara.
- Schauer, F. (2008). "Must speech be special". En Amar, Vikram David, *Freedom of speech*. Nueva York: Prometheus Books.
- Schmitt, C. (1988). *Political Theology*. Cambridge: The MIT Press.
- Sobrevilla, D. (2013). El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos en Robert Alexy. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 4. México.
- Valdés, E. citado en Yves-Marie Doublet (2001), en "Financiamiento, corrupción y gobierno". *Dinero y contienda político-electoral*. México: FCE.
- Vergara, A. (2015). *Los jueces en la era democrática de derecho*. Santiago: PUC.
- Villanueva, E. (2002). *Derecho de acceso a la información pública estatal: una aproximación al estado de la cuestión en México*. México: UNAM-IIJ.
- VV. AA. (2001). *Dinero y contienda político-electoral*. México: FCE.
- Weber, M. (1964). *Economía y sociedad*. México: FCE .
- Whitehead, L. (2003). *Democratization*. Oxford: Oxford.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

## Sentencias y jurisprudencia

Corte Constitucional. (4 de junio). *Sentencia C-341 de 2014*. [M. P. Mauricio González Cuervo]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-341-14.htm>

Corte Constitucional. (24 de octubre). *Sentencia T-458 de 1994*. [M. P. Jorge Arango Mejía]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-458-94.htm>

Corte Constitucional. (3 de marzo). *Sentencia T-116 de 2004*. [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-116-14.htm>

Corte Constitucional. (28 de febrero). *Sentencia C-252 de 2001*. [M. P. Carlos Gaviria Díaz]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-252-01.htm>

Corte Constitucional. (11 de diciembre). *Sentencia T-1341 de 2001*. [M. P. Álvaro Tafur Galvis]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1341-01.htm>

Corte Constitucional. (5 de abril). *Sentencia T-383 de 2000*. [M. P. Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-383-01.htm>

Contradicción de tesis 143/2012, SCJN.

Contradicción de tesis 143/2012, SCJN.

Corte Suprema de Justicia. (21 de febrero). *STP 2550/2017*. [M. P. José Francisco Acuña Vizcaya]. Recuperado de [www.cortesuprema.gov.co › uploads › relatorias › tutelas](http://www.cortesuprema.gov.co/uploads/relatorias/tutelas)

Corte Constitucional. (14 de septiembre). *Sentencia U-498 de 2016*. [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/SU498-16.htm>

Corte Constitucional. (3 de abril). *Sentencia T-264 de 2009*. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-264-09.htm>

Corte Constitucional. (6 de diciembre). *Sentencia T-1306 de 2001*. [M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/T-1306-01.htm>

Corte Constitucional. (26 de junio). *Sentencia C-390 de 2014*. [M. P. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-390-14.htm>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (5 de abril). *Amparo 10 de 2014*. Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24996&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2006275>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2012). *Defensa adecuada. Forma en que el juez de la causa garantiza su vigencia*. Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=16>

0044&Semanario=o#:~:text=La%20garant%C3%ADa%20individual%20 de%20defensa,el%20Estado%20consistente%20en%20no

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2016). *Derecho humano al debido proceso en su vertiente de defensa adecuada en el juicio laboral.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2010839&Clase=DetalleTesisBL>

Suprema Corte de Justicia de La Nación. (2016). *Víctima u ofendido del delito. Tiene el derecho de aportar pruebas tanto en la averiguación previa como en el proceso penal (interpretación del artículo 20, apartado b, fracción II, de la constitución política de los estados unidos mexicanos).* Recuperado de [https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=26089&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2010820#:~:text=%3B%20'V%C3%8DCTIMA%20U%20OFENDIDO%20DEL,DE%20LOS%20ESTADOS%20UNIDOS%20MEXICANOS\).&text=TIENE%20CAR%C3%81CTER%20DE%20PARTE%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=26089&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=2010820#:~:text=%3B%20'V%C3%8DCTIMA%20U%20OFENDIDO%20DEL,DE%20LOS%20ESTADOS%20UNIDOS%20MEXICANOS).&text=TIENE%20CAR%C3%81CTER%20DE%20PARTE%20EN%20EL%20PROCESO%20PENAL)

Suprema Corte de Justicia de La Nación. (2019). *Prueba ilícita. Límites de su exclusión.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2020673&Clase=DetalleTesisBL>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2016). *Amparo directo.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=164640&Clase=DetalleTesisBL>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Acceso a la información. Implicación del principio de máxima publicidad en el derecho fundamental relativo.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2002944&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Acceso a la información. Criterios que deben observar las restricciones que se establezcan al ejercicio del derecho relativo.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2002942&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2012). *Información reservada. Límite al derecho de acceso a la información (Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental).* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2000234&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). *Información reservada. aplicación de la “prueba de daño e interés público2 para determinar lo adecuado de la aportada con esa clasificación en el juicio de amparo por la autoridad responsable, a efecto de hacer viable la defensa efectiva del quejoso.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2006299&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2012). *Información confidencial. límite al derecho de acceso a la información (ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental).* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2000233&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2012). *Derecho a la información. acceso a las averiguaciones previas que investiguen hechos que constituyan graves violaciones a derechos humanos o delitos de lesa humanidad.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=200212&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Acceso a la averiguación previa. El artículo 16, párrafos segundo, tercero y sexto, del código federal de procedimientos penales, transgrede el derecho humano de acceso a la información.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2003906&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015). *Información reservada. Cuando de las constancias que se acompañen al informe justificado en el juicio de amparo indirecto se observe que la remitida con esa clasificación comprende los actos reclamados que desconoce el quejoso, debe permitírselle el acceso a la que sea necesaria, a fin de que pueda hacer valer lo que a su derecho e interés convengan.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=2009916&Semanario=o>

Suprema Corte de justicia de la Nación. (2014). *Violencia familiar. No la justifican los usos y costumbres del pueblo o comunidad indígena al que pertenece la acusada de dicho delito, utilizados para disciplinar o corregir el comportamiento de sus hijos menores de edad, al no estar aquellos por encima del interés superior del menor, previsto en el artículo 40. de la Constitución.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2006469&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). *Controversia constitucional. Las autoridades de una comunidad indígena electas conforme a sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, están legitimadas para demandar en ese juicio violaciones al artículo 2º. De la constitución federal, cuando se afecten las facultades que rigen su funcionamiento.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=25285&Clase=DetalleTesisEjecutorias>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2007). *Juicios de paternidad. En los casos en que a pesar de la imposición de medidas de apremio los presuntos ascendientes se niegan a practicarse la prueba pericial en materia de genética (ADN), opera la presunción de la filiación controvertida (legislaciones de Nuevo León y del Estado de México).* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=20018&Tipo=2&Tema=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). *Derecho humano a la doble instancia en materia penal. Sus características conforme a los artículos 8, numeral 2, inciso h), de la convención americana sobre derechos humanos y 14, numeral 5, del pacto internacional de derechos civiles y políticos.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2006886&Clase=DetalleTesisBL>

Suprema Corte de Justicia de La Nación. (2014). *Desaparición forzada de personas. Acorde con la ley de amparo, el juez de distrito puede tramitar y dictar las medidas necesarias para la localización de los desaparecidos, aun sin haber admitido la demanda.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2007426&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2008). *Libertad contractual. su análisis a la luz de la garantía de libertad de trabajo consagrada en el artículo 5º constitucional.* Recuperado de [https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcfd&Apendice=1ffffdfffccfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA\\_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=71&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=168310&Hit=15&IDs=2013817,2011508,2010386,2009499,2008284,2006282,2004667,2003833,2001139,160135,162665,162931,165567,167166,168310,170516,172620,174718,174921,176595&tipoTesis=&Semanario=o&tabla=&Referencia=CIV&Tema=1645](https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcfd&Apendice=1ffffdfffccfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=71&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=168310&Hit=15&IDs=2013817,2011508,2010386,2009499,2008284,2006282,2004667,2003833,2001139,160135,162665,162931,165567,167166,168310,170516,172620,174718,174921,176595&tipoTesis=&Semanario=o&tabla=&Referencia=CIV&Tema=1645)

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015). *Testigos protegidos. Medidas para no afectar el derecho de defensa del culpado en los casos en que exista*

*declaración de aquellos.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2010355&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015). *Testigos protegidos en delitos de delincuencia organizada. La reserva de su identidad concluye con la consignación y debe revelarse a los inculpados en la audiencia en que rinden su declaración preparatoria.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=160633&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2006). *Prueba pericial en materia de psicología forense. No es idónea para justificar la falta de probidad e independencia de un testigo protegido.*

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2017). *Pensión compensatoria. Al fijarse no se vulnera la garantía de audiencia y el debido proceso, cuando se demanda el divorcio y se solicita la cancelación de la pensión alimenticia.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2014382&Clase=DetalleSemanarioBL>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Alimentos. la observancia del principio rector del interés superior del menor no significa que deba dejar de otorgarse la garantía de audiencia a sus deudores alimentarios, en la cuantificación de cantidades derivadas de la pensión alimenticia definitiva.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2003914&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2012). *Plazo razonable para resolver. concepto y elementos que lo integran a la luz del derecho internacional de los derechos humanos.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2002350&Clase=DetalleTesisBL>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2017). *Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de derechos humanos y debido proceso establecida a raíz de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2015805&Clase=DetalleTesisBL>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2008). *Cosa juzgada. Presupuestos para su existencia.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=170353&Clase=DetalleTesisBL>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2009). *Expropiación. la garantía de audiencia debe respetarse en forma previa a la emisión del decreto relativo.* Recuperado de <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=167922&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o#:~:text=LA%20GARANT%C3%8DA%20DE%20AUDIENCIA%20DEBE,realizarse%2C%20por%2oregla%2ogeneral%2C%20mediante>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2003). *Actos de molestia. requisitos mínimos que deben revestir para que sean constitucionales.* [https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=184546&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o#:~:text=De%2olo%2odispuesto%2oen%2oel,2\)%2oque%2oprovenga%2ode%2oautoridad](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=184546&Clase=DetalleTesisBL&Semanario=o#:~:text=De%2olo%2odispuesto%2oen%2oel,2)%2oque%2oprovenga%2ode%2oautoridad)

## **Recursos electrónicos (Páginas consultadas el 21 de diciembre de 2018).**

ACLU. (s. f.). *Vigilancia bajo la ley USA/Patriot.* Recuperado de <https://www.aclu.org/other/surveillance-under-usapatriot-act>

ACLU. (2020). *Surveillance under the Usa/Patriot Act.* Recuperado de <https://www.aclu.org/other/surveillance-under-usapatriot-act>

Ahmad, H. (2018). *Un cambio silencioso en la política estadounidense amenaza a los inmigrantes que solicitan un cambio de estatus.* Recuperado de <https://qz.com/1323136/a-uscis-immigration-policy-change-threatens-non-citizens-with-deportation-if-they-lose-status/>

Aranda, J. *Cherán se regirá por usos y costumbres: SCJN.* (La Jornada, 2014, mayo 27). Recuperado de <http://www.jornada.com.mx/2014/05/27/politica/oionipol> Página consultada el 21 de diciembre del 2018.

Barth, S. (2015). *5 maneras en que la Ley Patriota viola la Cuarta Enmienda.* Recuperado de <https://www.newsmax.com/fastfeatures/patriot-act-law-enforcement-fourth-amendment/2015/06/04/id/648618/>

Ceballos, J. L. *(Hacia un debido proceso en el recuento jurisdiccional de la votación.* Recuperado de [http://portales.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files//archivos\\_libros/Temas%20Selectos%20No.%2040.pdf](http://portales.te.gob.mx/publicaciones/sites/default/files//archivos_libros/Temas%20Selectos%20No.%2040.pdf)

- Centro de Arbitraje de México. (2009). Arbitraje. Su concepto genérico y su finalidad. Recuperado de <https://camex.com.mx/en/2018/07/16/arbitraje-su-concepto-generico-y-su-finalidad-2/>
- CIDAC. (2016). Justicia para adolescentes en México. Recuperado de <http://cidac.org/justicia-para-adolescentes-en-mexico>
- Correa, P. (2014). Defensa de Berkhoff asegura que reincorporación de testigos vulnera el debido proceso. Recuperado de <http://radio.uchile.cl/2014/12/22/defensa-de-berkhoff-asegura-que-reincorporacion-de-testigos-vulnera-el-debido-proceso/>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (s. f.). *El interés superior de niñas, niños y adolescentes, una consideración primordial*. Recuperado de [https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Ninez\\_familia/Material/cuadri\\_interes\\_superior\\_NNA.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Ninez_familia/Material/cuadri_interes_superior_NNA.pdf)
- Conferencia Nacional de Procuración de Justicia y Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública. (s. f.). *Cadena de custodia. Guía nacional*. Recuperado de <http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/normateca/protocolos/VF1oGuaNacionalCadenadeustodia28-10-2015.pdf>
- Gama, R. (2015). *El endeble compromiso de la Primera Sala con la prueba ilícita*. Recuperado de <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?tag=prueba-ilicita>
- Hunter, A. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *RDUCN* 22(1). Coquimbo. Recuperado de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532015000100006](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000100006)
- Mallya, L. (1993). Deportation and Due Process: Does the Immigration and Naturalization Act or the Fifth Amendment Provide for Full Interpretation of Deportation and Exclusion Hearings. *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 11(181). Recuperado de <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1359&context=lawineq>
- Pérez, R. (2013). *Artículo 16. Actos de molestia*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/13.pdf>
- Salazar, B. (s. f.). *La garantía de defensa adecuada. Sus alcances en el procedimiento penal*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3228/30.pdf>

UNED. (2015). *Bienes jurídicos tutelados penalmente*. Recuperado de <https://www.studocu.com/es/document/uned/derecho-constitucional-i/apuntes/270327161-bienes-juridicos-tutelados-penalmente-docx/1147257/view>

Universidad de Navarra. (s. f.). *Bien jurídico*. Recuperado de <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/bienjuridico.html>

Vergara, A. (2015). Los jueces en la era del derecho democrático. Especialización, principios y activismo judicial. *Temas de la agenda pública* 10(83). Recuperado de <https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2016/01/N%C2%BA-83-Los-jueces-en-la-era-del-derecho-democr%C3%A1tico.pdf>

Villanueva, R. (s. f.). *La falta de especialización, integralidad y el respeto al interés superior del niño en el nuevo sistema de menores infractores*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2680/9.pdf>



# ¿Puede el Congreso reformar la configuración constitucional de la Jurisdicción Especial para la Paz? Hacia una teoría sobre los límites implícitos del poder de reforma constitucional en las transiciones políticas

**Can Congress reform the constitutional configuration of the Special Jurisdiction for Peace? Towards a theory on the implicit limits of the power of constitutional reform in political transitions**

*David Fernando Cruz Gutiérrez\**

---

**Fecha de recepción:** 5 de mayo de 2019

**Fecha de aprobación:** 25 de agosto de 2019

---

## RESUMEN

En el presente artículo se argumentará que el Congreso de la República no puede retirar del ordenamiento jurídico aquellas reformas constitucionales que se introdujeron a través del *fast track*, so pena de incurrir en una sustitución de la Constitución y en consecuencia sobrepasar la órbita de sus competencias. Para soportar esta tesis el documento se organiza en tres partes. En la primera parte, de naturaleza predominantemente descriptiva, presenta el ingreso de la JEP a la Constitución, centrando su atención en la particularidad del procedimiento de inclusión en la Carta y en los elementos que jurisprudencialmente resultan relevantes. En la segunda parte se presentan los elementos que

componen la discusión jurídica frente a la competencia del Congreso para reformar la JEP, que gravitan en torno a tres puntos: 1) la naturaleza jurídica de la JEP; 2) la competencia del Congreso para reformarla y 3) el blindaje jurídico del Acto Legislativo 02 de 2017. En la tercera parte, para cerrar el artículo, se presenta la arquitectura teórica del argumento principal, cimentando las bases de una teoría de los límites implícitos del poder de reforma constitucional en las transiciones políticas.

**Palabras clave:** derecho constitucional, *fast track*, actos legislativos, Proceso de Paz.

\* Abogado, magíster en Derecho y estudiante de Doctorado de la Universidad de los Andes. Profesor de cátedra de la Universidad de los Andes y abogado del área de incidencia nacional de la Comisión Colombiana de Juristas. Correo: df.cruz@uniandes.edu.co

## ABSTRACT

In this article, it will be argued that the Congress of the Republic cannot withdraw from the legal system those constitutional reforms that were introduced through the “fast track” because if it does that it would incurre in a sustitution of the Constitution and consequently exceeding the orbit of its powers. To support this thesis, the document is organized in three parts. In the first part, predominantly descriptive, it presents the insertion of the “JEP” into the Constitution, paying attention to the procedure for it and to the elements that are jurisprudentially relevant. In the second part, the elements about the legal discussion against the competence of Congress to reform the JEP are presented, which are based on three points: 1) the legal nature of the JEP; 2) the competence of Congress to reform it and 3) the legal protection of constitutional reform 02 of 2017. And in the third part, the theory of the implicit limits of the power of constitutional reform in political transitions is presented.

**Keywords:** constitutional law, fast track, constitutional reforms, peace process.

## INTRODUCCIÓN

**L**a Constitución de 1991 fue reformada considerablemente en virtud del procedimiento legislativo especial para la paz o *fast track* contenido en el Acto Legislativo 01 de 2016. A través de esta vía transitaron con éxito en el Congreso cinco reformas constitucionales destinadas a cimentar los aspectos más significativos del Acuerdo de Paz celebrado entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (Farc-EP). Una parte importante de las reformas que ingresaron al corpus constitucional tenía hondas implicaciones en el diseño orgánico del poder público. Dentro de este grupo de reformas, la que más discusiones ha motivado es la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). El catálogo de críticas sobre la naciente jurisdicción es enorme. Las más feroces tildan a la JEP de ser un tribunal diseñado a la medida de los victimarios, incapaz de administrar justicia y completamente ideologizado; razones suficientes, argumentan, para que la competencia de la JEP se diluya en la Corte Suprema de Justicia. Otras críticas más moderadas consideran que es necesario reajustar aspectos cruciales sobre su competencia material para calibrar su funcionamiento, especialmente sacar de su competencia los crímenes de naturaleza sexual cometidos contra niños, niñas y adolescentes, y los delitos de carácter continuado<sup>1</sup>.

La inconformidad sobre la JEP por parte de algunos sectores políticos es tan aguda que se han perfilado medidas para reformar su configuración constitucional. Sin embargo, esta pretensión enfrenta serios reparos, tanto políticos como jurídicos. Este artículo pretende identificar y presentar cada uno de los argumentos jurídicos que impiden que la JEP sea reformada a través del Congreso, precisando los márgenes de la evidente paradoja consistente en que, si el Congreso integró la JEP a la Constitución, ¿por qué no podría reformarla o incluso sacarla del cuerpo constitucional? El argumento central es que las reformas constitucionales tramitadas a través del *fast track*, cuyo objetivo era cimentar los contenidos constitucionales del Acuerdo, al presentarse como instituciones que consolidan la transición política sirven como caja de resonancia de aspectos definitivos e identitarios de la Constitución. La vis expansiva de la Constitución se consolida a través de la transición política. Esta fuerte relación, cardinal para la aspiración normativa de la Carta, fundamenta un límite implícito, para utilizar los términos de Yaniv Roznai, sobre el poder de reforma de la Constitución que perdura hasta que se cumpla el término de la transición. Esto implica, bajo este argumento, que el Congreso de la República no puede retirar del ordenamiento jurídico lo que ingresó a la Carta en virtud

1 Es decir, aquellos delitos que a la fecha no han cesado su ejecución, especialmente el delito de desaparición forzada, que se expande en el tiempo.

del *fast track*, so pena de incurrir en una sustitución de la Constitución y en consecuencia sobrepasar la órbita de sus competencias.

## 1. EL INGRESO DE LA JEP A LA CONSTITUCIÓN

El Acto Legislativo 01 de 2017 (AL 01 de 2017) integró a la Constitución Política tres instituciones para asegurar los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de las víctimas del conflicto armado: la JEP (artículo 5º del AL 01 de 2017), la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad (CEV) (artículo 2º del AL 01 de 2017) y la Unidad de Búsqueda de Personas Dadas por Desaparecidas (UBPD) (artículo 3º del AL 01 de 2017). A diferencia de otras reformas constitucionales, el AL 01 de 2017 transitó un procedimiento legislativo abreviado y especial conocido popularmente como *fast track*, regulado en el artículo 1º del AL 01 de 2016, el cual, en materia de reformas constitucionales, reducía el trámite de ocho debates, establecidos en el artículo 374 de la Constitución, a cuatro para enmiendas que implementaran el Acuerdo, lo que significaba una considerable disminución en la longitud del procedimiento de reforma constitucional. El fundamento de esta reducción, desarrollado a profundidad en la Sentencia C-699 de 2016, tenía su pilar esencial en la íntima relación entre la paz y la Constitución de 1991.

Para la Corte Constitucional, la arquitectura de la Carta tiene como una de sus vigas estructurales la paz. La manifestación más evidente se encuentra en el preámbulo y en el artículo 2º de la Constitución, en donde se establecen, dentro de los fines esenciales del Estado, asegurar la paz para todos sus ciudadanos. La paz, en este sentido, se manifestaba como un valor constitucional, es decir, como un elemento moral<sup>2</sup> cuya búsqueda preside y fundamenta la existencia del Estado colombiano. Incluso, a la Constitución se le ha legado la vocación de convertirse en un *tratado de paz*<sup>3</sup>. Además, el andamiaje constitucional fundamenta la paz como un principio —en el sentido desarrollado por Alexy<sup>4</sup>—, es decir, como una norma constitucional que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible. Esta doble condición de valor y principio se fortalece con la consagración, en el artículo 22, de la paz como un derecho de obligatorio cumplimiento, que comprende una dimensión individual y colectiva, en tanto es condición necesaria para el goce efectivo de otros derechos fundamentales. De esta forma, el alcance de la paz en la Constitución no se limita a su men-

2 Estrada Vélez, Sergio. La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2011, vol. 41, n.º 114, pp. 41-76.

3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578. (2002). [M. P. Manuel José Cepeda]. Núm. 2.1.7 párr. 3.

4 Alexy. Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 83.

ción en normas *ius fundamentales*, sino que es transversal en todo el cuerpo Constitucional. No en vano, dentro de la academia legal, a la Carta Política se le ha catalogado como una Constitución para la paz<sup>5</sup>.

El lugar protagónico de la paz en la Constitución, al ser un presupuesto para la eficacia del Estado social de derecho, sirvió como el sustento para flexibilizar el procedimiento de reforma constitucional. De acuerdo con la Corte, la Constitución, por tener una vocación de permanencia en el tiempo, no puede institucionalizar mecanismos de enmienda que propicien su propia sustitución<sup>6</sup>. Sin embargo, este principio de resistencia de la norma constitucional es “susceptible de adaptación transicional”<sup>7</sup>. Es decir, que la resistencia que ostentan las normas constitucionales cede ante la posibilidad de maximizar sus presupuestos de eficiencia. De esta forma, la reducción en la longitud del procedimiento de enmienda constitucional es aceptable cuando persigue la consolidación de una transición política, cuya consecuencia es eliminar un factor de erosión del Estado de derecho, como lo es el conflicto armado interno.

En este contexto se inscribe la reforma constitucional del AL 01 de 2017. El procedimiento abreviado, en virtud del cual ingresa a la Constitución, es posible en tanto maximiza los presupuestos de eficiencia del Estado. La JEP, dentro de esta lógica, es un órgano que persigue este objetivo y no constituye, en consecuencia, una reforma constitucional bajo el marco ordinario de competencia del Congreso. Este movimiento argumentativo, hasta donde es posible rastrearlo en la jurisprudencia constitucional, tiene su origen en las dos sentencias en las que la Corte analizó el Marco Jurídico para la Paz (AL 01 de 2012): C-579 de 2013 y C-577 de 2014. En la primera providencia, la Corte examinó la demanda

- 5 Lemaitre, Julieta. *El Derecho como conjuro. Fetichismo, legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre, 2009; Moreno Milan, Franklin. El concepto de paz en la Constitución Colombiana de 1991: reconstrucción dialéctica de su significado a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección*, diciembre de 2014, n.º 2, pp. 305-346.
- 6 La doctrina de la sustitución de la Constitución es uno de los temas medulares del constitucionalismo Colombiano. Los siguientes autores lo han desarrollado de forma profunda: Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers* (tesis doctoral). Londres: London School of Economics, 2014). Disponible en <http://etheses.lse.ac.uk/id/eprint/915>; García Jaramillo, Santiago y Gnecco Estrada, Francisco. La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. *Vniversitas*, 2016, vol. 65, n.º 133, pp. 59-104. Disponible en <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsps>; Bernal Pulido, Carlos. *Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*. *International Journal of Constitutional Law*, diciembre 2013, n.º 2, pp. 339-357. Disponible en <https://doi.org/10.1093/icon/mot007>
- 7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699. (2016). [M. P. María Victoria Calle]. Núm. 2.1.7 Núm. 35.4.

de la Comisión Colombia de Juristas (CCJ), en cabeza de Gustavo Gallo Giraldo, contra las expresiones “máximos”, “cometidos de manera sistemática” y “todos los”, contenidas en el párrafo 4º del artículo 1º del Marco jurídico Para la Paz, por cuanto, en su concepto, sustituían un elemento esencial del Estado, que es el deber de investigar, juzgar y castigar todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario. Para la Corte, a pesar de que es cierto que en cabeza del Estado se encuentra esta obligación, es posible flexibilizar su estándar en el marco de un proceso de justicia transicional que intenta asegurar y equilibrar una salida negociada al conflicto con un mecanismo de justicia que asegure los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. En palabras de la Corte:

La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades, para lo cual busca cumplir con tres criterios cuya importancia es reconocida dentro de nuestra Constitución: la reconciliación, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y el fortalecimiento del Estado Social de Derecho y de la Democracia. Por lo anterior, lejos de sustituir el pilar fundamental de la garantía de los derechos humanos, la justicia transicional es un desarrollo del mismo en situaciones de violaciones masivas a los derechos humanos en las cuales la utilización de mecanismos ordinarios puede obstaculizar la salvaguarda de esta<sup>8</sup>.

De esta forma, la justicia transicional no se puede leer como un elemento excepcional<sup>9</sup> dentro del ordenamiento jurídico, sino, más bien, como un mecanismo de amplificación del Estado sobre aquellos fenómenos que demuestran su ausencia y debilidad, como las graves y masivas violaciones de derechos humanos y la existencia de conflictos armados internos. Siguiendo esta línea de argumentación, la justicia transicional es un elemento que consolida el Estado constitucional y de derecho, y no una suspensión de sus presupuestos —no constituye su excepción, sino su materialización—. La paz, que se espera se construye través de los canales de la justicia transicional, consolida el Estado. Esta misma posición también se encuentra en la Sentencia C-577 de 2014. La Corte, en esta oportunidad, presentó una batería de argumentos tendiente a enfatizar que la justicia transicional permite solventar la tensión que existe entre la consecución de la anhelada paz y la obligación de justicia cuando se pretende cerrar un ciclo de graves violaciones de derechos humanos. La resolución de

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579. (2013). [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Núm. 6.4 párr. 2.

9 Si desea profundizar sobre la lógica de excepción y derecho, ver: Barreto, Antonio. Normalidad y excepcionalidad: la indescifrable regularidad contemporánea de la excepción. SELA, 2006. Disponible en [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006\\_pdf/Antonio\\_Berreto\\_Rozo.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Antonio_Berreto_Rozo.pdf)

esta tensión es, en consecuencia, la consolidación del Estado democrático a través de elementos que garanticen los derechos de los ciudadanos. Por ende, el ejercicio de la función constituyente del Congreso no sobrepasa su límite funcional y se mantiene en los márgenes de la reforma cuando introduce cambios de cierta envergadura que contribuyen a establecer los elementos de la justicia transicional.

En la Sentencia C-699 de 2016, la Corte Constitucional recoge argumentos de sentencias anteriores pero las utiliza para solucionar un problema jurídico diferente. En esta providencia, la Corte debía decidir si una reforma constitucional que creaba mecanismos de implementación de un Acuerdo de Paz en el ordenamiento jurídico, modificando con relativa intensidad el trámite legislativo, con alta intensidad el procedimiento de reforma constitucional<sup>10</sup> y otorgando facultades extraordinarias al Presidente, sustituía la Constitución y, por ende, desbordaba los márgenes de competencia del Congreso. Para enfrentar la cuestión, la providencia sigue la misma línea argumentativa que sus predecesoras. Para la Corte, dado que estas modificaciones son uno de los mecanismos para viabilizar la implementación del Acuerdo, y este último, a su vez, es un mecanismo para solventar un factor de erosión del Estado de derecho, no se podrían leer como una sustitución de la Constitución, en tanto sirven como una caja de resonancia para el Estado, ampliando su eficacia. Esta tesis se sigue aplicando, aun cuando las reformas comportan cambios considerables en el andamiaje constitucional y en la dimensión orgánica del Estado, incluso cuando afectan las dinámicas democráticas de creación normativa y de reforma constitucional. Y se refuerza, además, con la idea de que estos procedimientos especiales están limitados en su uso a que desarrolleen el contenido material del Acuerdo. La Corte, en este punto, fungió como garantía para que no transitaran por las vías de implementación del Acuerdo normas de contenido diferente. En palabras del alto tribunal:

El procedimiento especial de enmienda solo puede usarse por tanto bajo condiciones estrictas. Únicamente puede ponerse en práctica cuando sea

- 10 El artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2016 reducía el número de debates necesarios para la producción normativa de cuatro a tres. Teniendo un efecto parecido al uso del mensaje de urgencia por parte del Presidente, en tanto el primer debate se realizaba en Comisión Conjunta constitucional. Mientras que, en el caso de reformas constitucionales, de necesitar de ocho debates para su respectiva aprobación, se pasó a cuatro. En ambos casos, el diseño original del *fast track* imponía ciertas condiciones especiales a los legisladores, particularmente, les impedía realizar enmiendas a los proyectos de ley y de acto legislativo, salvo cuando el Gobierno los aprobara y los obligaba a votar en bloque o por bancadas. Sin embargo, estas condiciones, contenidas en los literales h) y j) del artículo 1º del AL 01 de 2016, serían declaradas inconstitucionales por sustituir el eje axial de la Constitución de la deliberación democrática. De esta forma, uno de los elementos más importantes dentro del *fast track* que impedía que lo presentado por el Gobierno fuera transformado por los legisladores, aportando una mayor agilidad en el trámite legislativo, fue declarado inconstitucional por sobrepasar las facultades de reforma de la Constitución del Congreso de la República.

necesario para facilitar y asegurar la implementación del acuerdo final para la terminación del conflicto, y no para introducir reformas constitucionales temáticamente inconexas con dicho acuerdo, pues el Congreso carecería de competencia para implantarlas por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda hacerlo por los mecanismos permanentes de revisión, dentro de los límites constitucionales<sup>11</sup>.

Otro elemento importante es que estos procedimientos especiales tenían como condición de activación la refrendación popular del Acuerdo. De esta forma, no se soportaban únicamente en el argumento de servir como cajas de resonancia para el Estado de derecho, sino que se justificaban porque estaban precedidas por un ejercicio de participación democrática en donde interactuaban, en distintos momentos, la ciudadanía y los órganos del Estado<sup>12</sup>. La refrendación popular, según la Sentencia C-699 de 2016, es un proceso que implica varios actos y momentos de participación, en donde intervienen tanto la ciudadanía como otros cuerpos revestidos con legitimidad democrática, específicamente el Congreso de la República. La intervención implica un grado de interacción que concilia los principios de participación democrática y de representación política presentes en la Constitución. El resultado de esta interacción, a su vez y de acuerdo a la Corte, garantizaba una honda expresión popular y de diálogo social, según la cual el Acuerdo se había refrendado positivamente y por ende el Acto Legislativo 01 de 2016 entraba en vigencia. Así lo reconoció la Corte en la Sentencia C-160 de 2017, en donde verificó si se habían cumplido los presupuestos de la refrendación popular a través de un examen profundo de una variedad de elementos, incluyendo los resultados del plebiscito por la paz celebrado el 2 de octubre de 2016, los cambios producto de la manifestación negativa de la ciudadanía en el plebiscito por la paz que transformaron el Acuerdo de La Habana hasta el punto de constituir uno nuevo, conocido, por el lugar de la firma, como el Acuerdo del Teatro de Colón, y la culminación afirmativa de la refrendación en el Congreso de la República como parte de las facultades de control político del órgano legislativo.

De esta forma, las reformas constitucionales que transitaron por el *fast track* estaban soportadas por un poderoso argumento constitucional, en tanto sirven como un elemento expansivo del Estado de Derecho con miras a consolidar la paz. Pero también las soportaba un proceso de refrendación popular, en donde intervino la ciudadanía, la Presidencia, el Congreso e incluso la Corte Constitucional. Este arco argumentativo fundamenta la admisibilidad del

11 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699, *op. cit.*

12 La Corte Constitucional, en la Sentencia C-699, delineó un concepto amplio de refrendación popular a través de su conceptualización como un proceso que no se agotaba en una sola manifestación ni en un solo acto y, por el contrario, comprendía diferentes estadios en donde se integraban y manifestaban los diferentes órganos del Estado y la voluntad del constituyente primario.

AL 01 de 2017 dentro de ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que las instituciones que integra dicha reforma al andamiaje Constitucional implican un cambio profundo en la estructura del poder público que, en condiciones ordinarias, desbordaría las competencias del Congreso. Tesis que sería ratificada posteriormente en la Sentencia C-674 de 2017, en donde la Corte admite que, a pesar de la amplitud de la reforma orgánica que introduce el AL 01 de 2017 a la estructura orgánica del Estado, resulta admisible pues los órganos que introduce —incluyendo a la JEP— buscan asegurar los derechos de las víctimas dentro de un esfuerzo por superar el conflicto armado.

## 2. LOS ELEMENTOS DE LA DISCUSIÓN

En vista de que el AL 01 de 2017 ingresó a la Constitución bajo presupuestos especiales que fundamentan su viabilidad jurídica, la discusión sobre la reforma de uno de los órganos —como lo es la JEP— implica el análisis de ciertos elementos particulares que nutren la discusión: 1) la naturaleza jurídica de la JEP, 2) la consecuente competencia del Congreso para reformarla y 3) el blindaje jurídico al Acuerdo a través del AL 02 de 2017. Es a partir de estos elementos que es posible dimensionar el espectro de la discusión, así como identificar el catálogo de problemas jurídicos que la nutren. A continuación, se profundiza en cada uno de los elementos de esta discusión, exponiendo detalladamente su contenido.

### 2.1. La naturaleza jurídica de la JEP

La JEP es uno de los pilares del Acuerdo de Paz. Su creación responde a la necesidad de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición<sup>13</sup>, centrando sus esfuerzos en la administración de justicia. Dentro de los ejes temáticos que se discutieron en La Habana, la JEP está inmersa en el punto V —“Acuerdo sobre las víctimas de conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”<sup>14</sup>— como el órgano encargado de administrar justicia sobre las graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (DIH) cometidas en el marco y con ocasión del conflicto armado. En su proceso de gestación, además de las partes que estaban dialogando en La Habana, es decir, de la delegación

13 Dentro de la jurisprudencia constitucional es destacable que la Corte Constitucional, desde la Sentencia C-370 de 2006, fijó una posición en la que son admisibles a la luz de la Constitución los beneficios jurídicos en el marco de un proceso de transición del conflicto hacia la paz.

14 Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. *Junio de 2016*, 26 Junio 2016, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/5a8744d54.html> [Accesado el 8 Noviembre 2020].

del Gobierno colombiano y de las Farc, intervino un selecto grupo de abogados, bautizado por De la Calle como el grupo de “los juristas”<sup>15</sup>, compuesto por seis miembros, tres por parte del Gobierno —Manuel José Cepeda, Juan Carlos Henao y Douglas Cassel— y los restantes por parte de las Farc —Álvaro Leyva, Enrique Santiago y Diego Martínez—, que ayudaron a solventar los problemas de la mesa de discusión principal y delinearon las bases de la JEP. Este grupo, en palabras de la IFIT bosquejaron

la estructura general y las funciones de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), que se anunciaron públicamente el 23 de septiembre de 2015. Durante dos meses más, las partes trabajaron en terminar de dar forma a la JEP, así como a las medidas de reparación integral y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas, firmando el capítulo completo de Víctimas el 15 de diciembre de 2015<sup>16</sup>.

Este diseño hacía parte integral del Acuerdo de Paz que se sometió a votación en el plebiscito del 2 de octubre. Dados los resultados negativos de la contienda democrática, el Gobierno se vio obligado a renegociar aspectos del Acuerdo con las Farc, teniendo en cuenta las recomendaciones que habían hecho los grupos opositores. De tal forma que el diseño original de la JEP se modificó en los siguientes aspectos: 1) se definió con mayor precisión el contenido de la expresión *restricción efectiva de la libertad*, delimitando las formas como se debe cumplir la pena impuesta por la JEP; 2) se incluyó la obligación a todos los que se presenten a la JEP y estén acusados de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, de presentar información exhaustiva y detallada que sirva para la atribución de responsabilidades; 3) se integró la posibilidad de excluir a agentes del Estado en caso de que cometieran delitos en el marco del conflicto armado con ánimo de enriquecimiento; 4) se armonizó la noción de control efectivo dentro de la responsabilidad de mando contenida en el Estatuto de Roma; 5) se integró al Acuerdo la responsabilidad de los agentes del Estado cuando contribuyeran al diseño de políticas delictivas; y 6) se aclararon los casos en que el narcotráfico podía considerarse como delito conexo al político.

Con base en estas modificaciones se firmó un nuevo Acuerdo en el Teatro Colón de la ciudad de Bogotá. El contenido de este documento, ratificado por el Congreso de la República, sería integrado a la Constitución en el AL 01 de 2017 a través de un título de naturaleza transitoria que contiene las disposiciones constitucionales para la superación del conflicto armado. Dentro de este

15 De la Calle, Humberto. *Revelaciones al final de guerra. Testimonio del jefe negociador del Gobierno colombiano en la Habana*. Bogotá: Debate, 2019, p. 115.

16 Institute for Integrated Transition (IFIT). *Los debates de La Habana. Una mirada desde adentro*. Bogotá: IFIT, 2018, p. 211.

título se reservan los artículos del 5 al 17 para tratar con alto grado de detalle asuntos de la JEP, como su competencia material, la naturaleza de sus penas y su composición<sup>17</sup>. La Corte Constitucional, en ejercicio de la revisión automática que le otorgaba el AL 01 de 2016, consideró que la configuración constitucional de la JEP tenía asidero en un modelo de justicia restaurativa que se enfocaba en la satisfacción de los derechos de las víctimas y en asegurar la convivencia pacífica, antes que en la pretensión de castigar a todos los responsables por todas las graves violaciones cometidas en el marco del conflicto<sup>18</sup>. En otras palabras, la Corte encuentra

que la creación de tres organismos para operar los instrumentos de verdad, justicia, reparación y no repetición no solo no socava los principios que irradiaron la configuración de la organización política en la Constitución de 1991, sino que además también se explica por las particularidades del escenario transicional en el que se inscribe el Acto Legislativo 01 de 2017. En un entorno como el descrito la creación de órganos autónomos y especializados cumple una función determinante y decisiva dentro del proceso de paz, teniendo en cuenta que la renovación institucional hace frente a la desconfianza que históricamente han manifestado los grupos armados que hacen parte del conflicto frente al Estado, así como a los señalamientos que se han formulado en contra del Estado colombiano por las limitaciones en el cierre del conflicto armado, en materias como la reparación a las víctimas o la impartición de justicia<sup>19</sup>.

Bajo esta consideración, la JEP pasó a engrosar la baraja de instituciones que tienen su origen en la Carta Política. Este privilegiado estatus le otorga ciertas prerrogativas dentro del orden jurídico. Por un lado, una de las cualidades de su origen constitucional es que hace parte de la dimensión orgánica del Estado y su configuración constitucional no es susceptible de cambios por parte del legislador, en tanto vulneraría el principio de supremacía constitucional. En otras palabras, si la Constitución provee una configuración amplia y comprensiva

17 El grado de detalle de la JEP es particularmente importante en contextos de reforma constitucional. La Corte ha establecido que cuando mayor detalle tiene un órgano dentro del andamiaje constitucional, menor es la facultad que tiene el Congreso para reglamentarlo.

18 Este argumento es de diametral importancia en el debate. El marco jurídico de la JEP se asienta sobre el principio de construcción dialógica de la verdad y de la justicia restaurativa. El compromiso con esta visión de la justicia aleja a la JEP del funcionamiento de la justicia ordinaria y de la lógica de investigación del caso a caso. El fundamento pragmático detrás de este compromiso deviene de la magnitud del universo de casos dentro del conflicto, que hace imposible adoptar una lógica de investigación individual, en tanto este tipo de prácticas de administración de justicia contrastarían con la imposibilidad fáctica de obtener resultados.

19 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674. (2017). [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]. Núm. 5.4 párr. 3.

de una institución, el Congreso tiene un margen limitado para su respectiva reglamentación legislativa<sup>20</sup>.

Ahora bien, en caso de enmiendas constitucionales que afectan este tipo de órganos, la Corte ha sostenido que ningún contenido particular de la Constitución es *a priori* irreformable, en tanto el constituyente primario no estableció cláusulas pétreas. A pesar de esta consideración, la Corte, desde 2003, construyó la tesis, conocida como la *doctrina de la sustitución de la Constitución*, con base en la cual considera que ciertas enmiendas desbordan la órbita del Congreso para reformar la Carta. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el Congreso deriva su poder de reforma de la Constitución y, en consecuencia, los cambios que este órgano tramita en la Carta, a pesar de que implican una transformación, no pueden crear una nueva Constitución, en tanto incurrirían en un vicio de competencia. En palabras de Yaniv Roznai, “modificar una cláusula esencial que trasforma la naturaleza del régimen constitucional puede considerarse como una sustitución a la Constitución”<sup>21</sup>. Doctrinalmente, esto implica que la función constituyente del Congreso tiene un límite implícito<sup>22</sup>. Estos límites no se identifican en razón de la magnitud o escala de la enmienda, sino cuando un elemento definitorio de la identidad de la Constitución es remplazado. En palabras del alto tribunal:

Advierte la Corte que el poder de reforma es muy amplio y comprende la adopción de modificaciones importantes e, inclusive, trascendentales. No es la importancia, ni son las implicaciones profundas de una reforma, lo que determina si ésta supone una sustitución de la Constitución. El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente<sup>23</sup>.

De esta forma, no es que los órganos de origen constitucional sean irreformables, sino que la reforma de su configuración constitucional, independiente de su

20 Esta regla está en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, la última sentencia de importancia medular en donde se expuso fue en la Sentencia C-379 de 2016, en donde la Corte habilitó constitucionalmente la Ley Estatutaria para llamar al Plebiscito Especial para la Paz. En dicho caso, la Corte argumentó que el plebiscito como mecanismo de democracia participativa tenía una mínima regulación constitucional.

21 Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Admenments Powers*. Londres: Oxford University Press, 2017, pp. 66-67.

22 La palabra implícito o *implicit* es utilizada por Yaniv Roznai para calificar aquellos aspectos de una Constitución que no están explícitamente calificados como irreformables por la Constitución.

23 Corte Constitucional. Sentencia C-1040. (2005). [M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández]. Núm. 7.10.2.

magnitud o escala, puede en algunos casos afectar la vinculación de alguna de estas disposiciones normativas con una cláusula esencial de la Constitución. A modo de ejemplo, proscribir a través del Congreso el control constitucional de la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos que expida el Gobierno en virtud de un estado de excepción, a pesar de que implica únicamente la reforma material de un artículo (241-7 de la Constitución), su vinculación con un elemento esencial del Estado de derecho, como lo es el principio de separación de poderes, que implica necesariamente un sistema de pesos y contrapesos en el cual las ramas del poder público se controlan mutuamente<sup>24</sup>, significaría la transformación de este elemento esencial y definitivo de la Carta y, por ende, de toda su identidad.

Siguiendo esta misma línea de argumentación, teniendo en cuenta que la JEP hace parte un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición de origen constitucional que concilia dos elementos en tensión dentro de la Constitución, como lo son la paz como valor, principio y derecho constitucional, y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición frente a graves violaciones de derechos humanos, la reforma de su configuración constitucional podría comportar una transformación de estos elementos. Como ilustración, si el Congreso tramitara una reforma sobre el artículo 6º transitorio del AL 07 de 2017 que establece la competencia prevalente de la JEP sobre conductas criminales que se dieron con ocasión, por causa o en relación con el conflicto armado, con el objetivo de excluir ciertos delitos de especial gravedad por ser actos de naturaleza sexual cometidos contra menores de edad, se podrían alterar significativamente elementos definitivos para la identidad de la Constitución, por cuanto una excepción a la competencia prevalente implica que la jurisdicción ordinaria resolviera estos asuntos bajo el estándar de crímenes ordinarios. Lo que, como consecuencia, implicaría un claro rompimiento de un espacio de transición política, que sirve como caja de resonancia y fortalecimiento del Estado bajo el entendimiento de la Constitución como un tratado de paz, así como un menoscabo en los derechos del grupo de víctimas de delitos de esta naturaleza, que no podría acceder a estas vías de satisfacción de derechos, sino a mecanismos ordinarios con considerables dificultades para enfrentar la cantidad de casos y su dificultad probatoria. La Constitución resultante de esta reforma, en consecuencia, sería radicalmente distinta, a pesar de solo modificar materialmente un artículo transitorio.

Adicionalmente, los órganos de origen constitucional están estrechamente conectados con la dimensión orgánica del Estado y, por ende, con el principio de separación de poderes. Como argumenta Bonilla, este principio, en su estructura

24 Bonilla Maldonado, Daniel Eduardo. La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes. *Vniversitas*, 2015, vol. 64, n.º 134, pp. 231-276. Disponible en <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.acps>

arquitectónica, implica una división tripartita del poder público que sustenta una órbita delimitada de competencia funcional<sup>25</sup>. La matriz de competencia, no obstante, depende del contexto e intereses de la comunidad política para determinar qué aspectos específicos definen su contenido.

La JEP, en particular, se inserta dentro de esta matriz de competencia funcional del Estado, para enfrentar un problema que las instituciones dentro del Estado colombiano son incapaces de solventar: la administración de justicia durante una transición política en un contexto de alrededor de nueve millones de graves violaciones de derechos humanos registradas en el marco del conflicto armado. Esta órbita de competencia delimitada constitucionalmente supone un aislamiento funcional<sup>26</sup> de la JEP dentro de la estructura orgánica del Estado y, por ende, como parte del andamiaje constitucional estaría vinculada de forma estrecha al principio de separación de poderes. Este argumento se refuerza porque la Corte ha entendido el principio de separación de poderes como una garantía para que las diversas ramas y órganos que componen el Estado desarrollen un mayor grado de especialización institucional que les permite el manejo técnico de sus funciones. Bajo este entendimiento, el principio es reconocido jurisprudencialmente como un eje axial y definitivo de la Constitución<sup>27</sup>.

## 2.2. La competencia del Congreso para reformar la JEP

Una de las discusiones medulares del constitucionalismo colombiano son los límites que tiene el Congreso para reformar la Constitución. Como se esbozó con anterioridad, la Corte Constitucional consolidó la doctrina de la sustitución de la Constitución como un argumento según el cual el Congreso encuentra sus límites de competencia en aquellos elementos constitutivos de la identidad de la Constitución. A través de la jurisprudencia se han cristalizado algunos elementos definitivos de la Constitución, entre ellos: la soberanía popular (Sentencia C-971 de 2004), la separación de poderes (sentencias C-971 de 2004, C-699 de 2016, C-332 de 2017, C-630 de 2017 y C-674 de 2017), la supremacía constitucional (sentencias C-1040 de 2005 y C-630 de 2017), la participación política (Sentencia C-1040 de 2005), la distribución del poder público (Sentencia C-1040 de 2005), el Estado social y democrático de derecho (Sentencia C-1200 de 2003), el juez natural (Sentencia C-674 de 2017), la deliberación parlamentaria

25 Bonilla Maldonado, Daniel Eduardo. La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes. *Vniversitas*, 2015, vol. 64, n.º 131, pp. 231-276. Disponible en <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.acps>

26 Bonilla habla de aislamiento funcional cuando se fraccionan los componentes del Estado de tal forma que cada una de las partes cumple una función específica de manera autónoma.

27 En dos sentencias la Corte ha categorizado el principio de separación de poderes como un eje axial y definitivo de la Constitución.

(Sentencia C-332 de 2017), el principio de legalidad (Sentencia C-630 de 2017) y la paz (sentencias C-574 de 2013, C-577 de 2014, C-630 de 2017, C-674 de 2017 y C-027 de 2018).

De acuerdo con la doctrina de la sustitución de la Constitución, el Congreso de la República, en ejercicio de la función de reforma que le confía el artículo 374 de la Carta, no podría reformar, suprimir o derogar los elementos que con anterioridad ha identificado la Corte como esenciales para definir la identidad de la Constitución. Sin embargo, muchos de estos elementos no tienen origen en un único artículo de la Constitución que concentre toda su fuerza y contenido, sino que son normas *ius fundamentales* que emanen de diferentes artículos ubicados en distintos títulos de la Carta. En consecuencia, el cambio de alguno de estos artículos puede resultar en la transformación de los elementos definitivos de la Constitución. Estos serían los límites implícitos del poder de enmienda del Congreso, pues si introduce cambios sobre estos no estaría reformando a la Constitución, sino derogándola, subvirtiéndola o sustituyéndola.

La Corte desplegó esta doctrina sobre el AL 01 de 2017 en la sentencia C-674 de 2017, encontrando que el contenido de la reforma en líneas generales no sustituía ningún elemento definitivo de la Constitución, sino que, por el contrario, era un desarrollo de principios *ius fundamentales* de la Carta política. En repetidas oportunidades, la Corte sostuvo que la sustitución de la Constitución no se sustenta en la envergadura de la reforma, sino en que esta trasforma elementos esenciales de la Constitución. De esta forma, a pesar de que AL 01 de 2017 integra un título transitorio que altera la dimensión orgánica del Estado,

169

la Sala concluyó que el Acto Legislativo 01 de 2017 no sustituye los principios estructurales del ordenamiento superior, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: (i) primero, porque las restricciones al derecho de las víctimas a la justicia tienen como contrapartida una ganancia en términos de reconocimiento de la verdad y de reparación, a través del sistema de condicionalidades; (ii) segundo, porque respecto de las más graves formas de criminalidad el Acto Legislativo 01 de 2017 preserva el deber del Estado de imponer una sanción efectiva; (iii) tercero, porque aunque el deber general de reparación material se radica en el Estado y no en los victimarios, y además, se supedita la cuantía de la indemnización a la disponibilidad de recursos, este modelo general es consistente con la naturaleza de los programas de reparación en escenarios de violación masiva y sistemática de derechos, en los cuales el paradigma tradicional no solo puede tornarse materialmente inviable, sino que además produce

inequidades y distorsiones en la distribución de recursos entre las víctimas, y entre estas y los demás sectores sociales<sup>28</sup>.

La JEP, en consecuencia, tiene cabida de forma transitoria como un órgano de origen Constitucional, que permitiría alcanzar valores esenciales para un Estado social y democrático de derecho, como la paz y la superación del conflicto armado, garantizando el contenido mínimo de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Entender la JEP como un desarrollo material de elementos definitivos de la Constitución permite entrever que su inclusión dentro del andamiaje constitucional responde a convertirse en una garantía material para los derechos de las víctimas del conflicto armado. Esta consideración indica que la estructura orgánica del Estado plasmada por el constituyente primario en la Constitución es susceptible de modificaciones, siempre y cuando estas persigan y se constituyan como mecanismos idóneos de garantía para los derechos de los asociados. En otras palabras, utilizando la categorización propuesta por Roberto Gargarella<sup>29</sup>, la parte orgánica de la Constitución, esto es, la organización y distribución funcional del poder público, es susceptible de cambio en escenarios transicionales, cuando la enmienda persiga la garantía material de la parte dogmática de la Constitución, es decir, permita la materialización de la Carta de derechos de la que gozan los ciudadanos.

Esta hipótesis se refuerza dada la imposibilidad de la estructura orgánica del Estado para afrontar las difíciles consecuencias del conflicto, que implican, materialmente, administrar justicia para alrededor de ocho millones de víctimas. En consecuencia, las posiciones de la Corte dejan entrever un punto de crucial importancia: en materia de reforma constitucional, si el contenido de la reforma contribuye a la construcción de paz, el Congreso tiene una competencia más amplia, sin caer en el conocido vicio de sustitución de la Constitución. Es decir, que las reformas que el Congreso introduce a la Constitución son admisibles si desarrollan materialmente objetivos constitucionales, incluso cuando tienen una amplia envergadura y alteran el diseño que el constituyente primario le dio a la dimensión orgánica del Estado<sup>30</sup>. De tal forma que es posible afirmar que las modificaciones que se tramiten por medio del Congreso a la configuración constitucional de la JEP están limitadas materialmente a desarrollar a profundidad los derechos de las víctimas del conflicto armado.

28 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674, *op. cit.*, núm. 6.5.5.

29 Gargarella, Roberto. *Lo “viejo” del “nuevo” constitucionalismo latino-americano*. New Haven: Yale University, 2017. Disponible en [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15\\_Gargarella\\_CV\\_Sp.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf)

30 Es resaltable que la dimensión orgánica del Estado es susceptible de cambio, pero la parte dogmática de la Constitución, es decir, la carta de derechos, aun en espacios transicionales, no admite reformas sino limitaciones justificadas.

## 2.3. El blindaje jurídico del Acuerdo y su papel frente a la intangibilidad de la JEP

A través del *fast track* también se trató en el Congreso el Acto Legislativo 02 de 2017 (AL 02 de 2017), conocido popularmente como el *blindaje jurídico*. Este acto legislativo surge como una medida para soslayar una de las grandes críticas al diseño original del Acuerdo y sus mecanismos de acopio e integración al ordenamiento jurídico. Originalmente, se buscaba que el Acuerdo fuera vinculante dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano<sup>31</sup>. Para lograr esto, se le calificó como un Acuerdo Especial, en los términos del artículo 3º común de los Convenios de Ginebra y en virtud del artículo 93 de la Constitución, que establece el bloque de constitucionalidad<sup>32</sup>, y así su contenido en materia de derechos humanos ingresaba automáticamente al ordenamiento jurídico, tomando lugar dentro del sistema de fuentes<sup>33</sup>.

Varios críticos atacaron este punto, argumentando que resultaba peligroso que el contenido del Acuerdo ingresara al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, en tanto entraba en colisión con normas de jerarquía constitucional producidas en el marco de una deliberación democrática de carácter constituyente. La Corte Constitucional acogió esta posición y en la Sentencia C-630 de 2017 desestimó que el Acuerdo hiciera parte del bloque de constitucionalidad<sup>34</sup>. Sin embargo, consideró adecuado y ajustado a las competencias en materia de reforma que ostenta el Congreso que se introdujera un artículo transitorio a la Constitución, en virtud del cual el contenido del Acuerdo sobre derechos humanos y DIH se convertía en criterio de validez material para las normas que posteriormente lo desarrollaran. En palabras de la Corte:

171

Sin embargo, a partir del Acto Legislativo 02 de 2017, los contenidos del Acuerdo Final que correspondan a normas de derecho internacional humanitario y a derechos fundamentales consagrados en la Constitución

- 31 Amaya-Villareal, Álvaro Francisco y Guzmán Duarte, Valeria. *La naturaleza jurídico-internacional de los Acuerdos de Paz y sus consecuencias en la implementación*. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2017, n.º 30, pp. 41-60. DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-30.njia>
- 32 De la Calle, *op. cit.*; Santos, Juan Manuel. *La batalla por la paz. El largo camino para acabar el conflicto con la guerrilla más antigua del mundo*. Bogotá: Planeta, 2019.
- 33 De acuerdo con Jácome, las fuentes del derecho reflejan una lucha política al interior de los Estados modernos para decir el Derecho. Si se desea profundizar, ver: González Jácome, Jorge. El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. *Vniversitas*, 2006, vol. 55, n.º 112, pp. 265-293.
- 34 La Corte examinó si el Acuerdo hacia parte del bloque de constitucionalidad tanto en sentido lato como estricto. En ambos casos, determinó que esta posición resultaba improcedente, por cuanto una vez se inició la ronda de renegociación por el resultado del plebiscito por la paz, uno de cambios de importancia fue precisamente desechar la idea de que el Acuerdo ingresaba al bloque de constitucionalidad.

serán parámetros de interpretación y referentes de desarrollo y validez de las normas de implementación de lo pactado, con sujeción al ordenamiento constitucional. Igualmente, a partir de ese acto legislativo el Acuerdo se adopta como *política de Estado*, de manera que todos los órganos, instituciones y autoridades del Estado, se encuentran comprometidos con su desarrollo e implementación de *buena fe* y, por tanto, cualquier desarrollo del mismo debe tener por objeto su cabal cumplimiento y guardar coherencia con sus contenidos, finalidades, espíritu y principios<sup>35</sup>.

Explícitamente el AL 02 de 2017 señala que los desarrollos normativos relacionados con la implementación del Acuerdo posteriores a su entrada en vigencia deben guardar coherencia con el contenido sustantivo del Acuerdo Final. Este mandato constitucional, bautizado por la Corte como el *ámbito personal* del AL 02 de 2017, impone dos obligaciones: primero, le asigna a todas las instituciones y órganos del Estado la obligación de cumplir de buena fe con lo acordado y, segundo, impone que los desarrollos normativos posteriores que adelanten dichos órganos en cumplimiento de su función constitucional guarden coherencia con lo postulado dentro del Acuerdo. Dicho en otras palabras, el AL 02 de 2017 adopta el Acuerdo como una política de Estado. Por lo tanto, “cualquier desarrollo del mismo debe tener por objeto su cabal cumplimiento y guardar coherencia con sus contenidos, finalidades, espíritu y principios”<sup>36</sup>. Este imperativo constitucional está vinculado estrechamente con la fuerza expansiva que le imprime el artículo 4º de la Carta, al establecer que la Constitución es norma de normas y, por ende, expande la obligación a todos los ámbitos de desarrollo de la función pública.

Dentro de esta política de Estado, la JEP hace parte de los componentes que son determinantes y que están dispuestos con un alto grado de detalle dentro del Acuerdo, en contraste con otros que corresponden a compromisos programáticos para la transformación de puntos que hicieron parte de la agenda de negociación<sup>37</sup> y que fueron considerados como las causas objetivas del conflicto, que explican también su larga duración<sup>38</sup>. La especificidad en los componentes de la JEP supone una limitación en el marco de maniobra que tienen las instituciones y órganos del Estado para impulsar cambios sobre su contenido. Una reforma constitucional que persiguiera el objetivo de modificar el AL 01 de 2017, desconociendo su estructura dentro del Acuerdo, entraría,

35 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-630. (2017). [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Campo]. Núm. 2.2.1.

36 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-630, *op. cit.*

37 Especialmente la solución al problema agrario (punto 1 del Acuerdo) y la solución al problema de las drogas (punto 3 del Acuerdo).

38 Si se desea revisar las causas del conflicto, ver, entre otros, Chambers A. Paul.

en consecuencia, en coalición con contenido del Al 02 de 2017. Esta coalición genera un hondo problema constitucional, en el que, tal como lo expresó José Manuel Cepeda, el intérprete constitucional debe buscar un equilibrio entre los valores constituciones en tensión, guiado por una interpretación comprensiva de la Constitución.

### 3. HACIA UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL COMO UN LÍMITE IMPLÍCITO AL PODER DE REFORMA DEL CONGRESO

Yaniv Roznai presenta una poderosa tesis sobre los límites implícitos del poder de reforma de la Constitución. El adjetivo *implícito* responde a la necesidad de diferenciar este tipo de límites a los poderes de enmienda de otro grupo, calificado como *explícito*, en donde las Constituciones expresamente indican que elementos dentro de su cuerpo son irreformables. Roznai, en un esfuerzo genealógico, identifica que la doctrina de los límites implícitos tiene su génesis en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Este tribunal diferenció entre la Constitución como un acto del pueblo<sup>39</sup> y el acto de reformarla como una actividad que realizan los gobiernos y estructuras del Estado. La autoridad del pueblo es evidentemente superior que la de los gobiernos, y estos últimos no pueden revertir el instrumento que los dota de autoridad. Sin embargo, a pesar de que los pilares conceptuales se encuentran en Estados Unidos, el desarrollo práctico de la teoría de los límites implícitos del poder de reforma se dio en varias Cortes del sur global<sup>40</sup>. Una jurisprudencia fundamental para la formación de esta teoría es la que ha desarrollado la Corte Suprema de India, a través de la consolidación de la doctrina de la estructura básica de la Constitución.

Al igual que la Constitución colombiana, la Constitución india no presenta cláusulas pétreas ni hace explícito qué disposiciones se pueden o no reformar por los canales dispuestos para el cambio constitucional. Sin embargo, la Corte

- 39 Es importante recordar la frase con la que empieza la Constitución de los Estados Unidos “We The People” o, en español, “nosotros el pueblo”. Para la Corte Suprema de Estados Unidos, esta autoridad es diferente y mucho más profunda que la autoridad que tienen los Gobiernos que impulsan las enmiendas.
- 40 La idea de un Constitucionalismo del sur global la desarrolla con bastante profundidad Daniel Bonilla Maldonado en la introducción del libro *Constitutionalism of the Global South. The activism tribunals of India, South Africa and Colombia*. Para Bonilla, el tránsito de conocimiento jurídico en el mundo está marcado por una superioridad en el valor que tienen los productos del norte global y sus diferentes Cortes, académicos y escuelas de derecho. En contraste con un sur global en donde los productos circulan si a caso por redes locales de conocimiento jurídico y no son un referente importante en la geopolítica del conocimiento jurídico. Más allá de las cinco razones que presenta Bonilla en la introducción del mencionado libro para explicar este fenómeno, lo interesante es que descriptivamente desde el sur global se están consolidando nodos de referencia que presentan avances significativos sobre las preguntas contemporáneas del derecho constitucional.

India consideró que este poder de enmienda tiene límites implícitos en lo que se conoce como “la estructura básica de la Constitución”<sup>41</sup>. De esta forma, los poderes de reforma, en este caso confiados al parlamento, no podían transformar los rasgos esenciales de la Constitución. Como argumenta Raza, estos rasgos fueron identificados por la Corte sobre aspectos de especial fuerza dentro de la Constitución, como el federalismo y la democracia<sup>42</sup>. Como relata Roznai, esta misma doctrina tiene acogida en varios países del sur global, incluyendo a Colombia, en donde se presenta a través del nombre de “la doctrina de la sustitución de la Constitución”<sup>43</sup>. En el caso colombiano, el Congreso, que ostenta la facultad de reformar la Constitución, sobrepasa su ámbito de competencia cuando introduce cambios que alteran aspectos definitivos de la Carta, sustituyéndola. El Congreso, al carecer de competencia para crear una nueva Constitución, incurre en un vicio de competencia cuando las enmiendas que tramita alteran de tal forma la Constitución que su identidad cambia. En otras palabras, el Congreso no está facultado para crear una nueva Constitución, de tal forma que las enmiendas que transforman aspectos identitarios de la Carta caen en un vicio de competencia. El límite implícito, en consecuencia, son aquellos elementos definitivos e identitarios de la Constitución.

La Corte Constitucional y la academia jurídica coinciden en señalar que uno de los elementos definitivos e identitarios de la Constitución es la paz. Además de las referencias formales que son tangibles en varios artículos de la Carta, la paz constituye un sustrato medular, al servir de garantía material para el desarrollo de la vida digna de todos los asociados. En contraste con el contenido de la Carta, durante los primeros años de su vigencia, se vivieron algunas de las olas más violentas en toda la historia política del país. La práctica de las masacres<sup>44</sup> y el escalamiento de la violencia por la disputa entre los grupos paramilitares, guerrilleros y las Fuerzas Armadas contrastaban con una reluciente Carta política y una Corte que se enfrentaba, a través de su jurisprudencia, a la realidad del país<sup>45</sup>. La aspiración normativa<sup>46</sup> de la Constitución, es decir, su esfuerzo por

41 Roznai, *op. cit.*, p. 44. Si se desea profundizar en este tema, ver: Raza, Aqa. *The Doctrine of 'Basic Structure' of the Indian Constitution: A Critique*. 12 de julio de 2015. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2661127> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2661127>

42 Raza, *op. cit.*, p. 4.

43 Gonzales Cuervo, Mauricio y Fajardo Arturo, Luis Andrés. *La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad de la Sergio Arboleda, 2015.

44 Vea Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). *¡Basta Ya!: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: CNHM, 2013.

45 Lemaitre, *op. cit.*

46 Resulta importante, en este caso, pensar en la gravedad de este tipo de discursos dentro de la teoría jurídica y de la disciplina del derecho constitucional. La expresión *aspiración normativa* fue cuidadosamente seleccionada por el valor que ambas palabras tienen. La palabra *aspiración*, en este caso, se refiere a la ligazón, expuesta por Mauricio García Villegas, entre Constitución y progreso, en la cual uno de los instrumentos

cambiar la realidad y transformar las situaciones contrarias a los principios de la Carta, se convirtió en uno de los motores de la jurisprudencia Constitucional<sup>47</sup>. Sin embargo, la persistencia del conflicto erosionaba la efectividad de los postulados constitucionales.

Desde la Sentencia C-370 de 2006 la Corte sostuvo la tesis de que la posibilidad de alcanzar la paz sustenta la existencia de ciertos elementos, dentro del marco de la justicia transicional, que permiten conciliar tan valioso objetivo con otros imperativos constitucionales, como los derechos a las víctimas a la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Uno de estos elementos es la inclusión de un paradigma de justicia que permita una salida negociada al conflicto, al tiempo que garantice los derechos de las víctimas. Desde 2012, con la reforma constitucional del AL 01 de 2012, conocido como el Marco Jurídico para la Paz, se incluyeron en la Constitución mecanismos de priorización y selección de casos, al igual que la posibilidad de aplicar penas de naturaleza alternativa. Esta inclusión, de acuerdo con la Corte, responde a la necesidad de fortalecer la efectividad de los postulados constitucionales, en tanto sirven de caja de resonancia para los elementos esenciales de la Constitución, al mitigar los efectos del conflicto armado, que es un factor de erosión de la aspiración normativa de la Carta. De esta forma, a pesar de que el marco jurídico para la paz y los elementos que introduce a la Constitución son de carácter transitorio, es decir, que tienen un tiempo de vigencia determinado como norma constitucional, se conectan con aspectos medulares de la Constitución y se presentan como presupuestos de su efectividad en espacios de transición política.

Esta misma tesis se aplica para el AL 01 de 2017 y, en consecuencia, para la JEP. La imposibilidad de seguir los esquemas ordinarios de justicia porque constituyen un impasse para una salida negociada al conflicto, al igual que son inadecuados para enfrentar escenarios de macrocriminalidad y victimización<sup>48</sup>, en tanto las prácticas de investigación del caso a caso suponen un esfuerzo heroico e inocuo, supone que los instrumentos que contiene el AL 01 de 2017 actúan como una caja de resonancia para los principios esenciales de la Constitución. La transición, dentro de esta línea de argumentación, no se presentaba como

para alcanzar el progreso es precisamente la Constitución; mientras que la palabra *normativa* se refiere a la cualidad constitucional de que sus normas tengan una efectividad material y no solo aspiraciones políticas. La expresión, en consecuencia, encierra ambos significados. Si se desea profundizar en el constitucionalismo aspiracional, ver: García Villegas, Mauricio. Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América latina. *Ánalisis Político*, 2012, n.º 75, pp. 89-110.

47 Iturralde, Manuel. Access to Constitutional Justice in Colombia. En: Bonilla, Daniel, ed., *Constitutional of the Global South*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013. pp. 361-402.

48 Si se desea profundizar en este tema, ver: Aponte, Alejandro. Macrocriminalidad y función penal en la lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición. *Cuadernos de Estrategia*, n.º 189, diciembre 2017, pp. 27-52. Aponte resalta un aspecto esencial durante la experiencia de la Ley de Justicia y Paz frente a la incapacidad del sistema para afrontar la cantidad de casos.

un espacio excepcional en donde se suspendían algunos elementos del sistema constitucional con el objetivo de enfrentar una situación que amenazaba la integridad del régimen. Por el contrario, la transición se presenta como el espacio de amplificación de los postulados constitucionales. Esta diferencia entre la excepcionalidad y la transicionalidad apunta, precisamente, a establecer que los elementos que fundamentan la transición contemplados en un acuerdo de paz, sirven como elementos de resonancia de la Constitución. La transición tiene un efecto expansivo sobre postulados constitucionales.

Esta relación de expansión supone un límite implícito al poder de reforma, que se aplica, incluso, a elementos dentro de la Constitución que fuesen integrados por el Congreso en el marco de la transición. De otra forma, estos elementos, diseñados para solventar el conflicto, y que son, por sí mismos, de carácter transitorio, perderían su conexión con ejes fundamentales de Constitución. No serían cajas de resonancia ni tendrían un efecto expansivo de los postulados constitucionales si quedan a la merced de los poderes de reforma de la Constitución durante el periodo en el que tienen vigencia como norma constitucional. De su condición transitoria para fortalecer la *vis*<sup>49</sup> constitucional se desprende también la existencia de un límite implícito para su reforma, soportado por su íntima relación con principios identitarios de la Carta y por la necesidad de que el régimen constitucional cumpla su aspiración normativa.

## CONCLUSIÓN: HACIA UNA TEORÍA DE LOS LÍMITES IMPLÍCITOS DEL PODER DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN LAS TRANSICIONES POLÍTICAS

Uno de los aspectos esenciales de la transición política colombiana era que se iba a realizar bajo el orden constitucional vigente. La Constitución servía como el mapa de navegación para la consecución de la paz. Esta idea suponía un reto importante, consistente en integrar el contenido del Acuerdo de Paz a través de los procedimientos de incorporación al orden jurídico vigente. El mecanismo para cumplir esta función fue el *fast track*, contemplado en el AL 01 de 2016, a través del cual se integraron los AL 01 y 02 de 2017 a la Constitución. El contenido de estas reformas constitucionales, a pesar de su amplia envergadura, estaba justificado en tanto amplificaba o servía como caja de resonancia de un catálogo importante de principios constitucionales identitarios y definitivos de la Carta, a la vez que mitigaba los efectos de una causa de erosión de la aspiración normativa de la Constitución: el conflicto armado.

49 La palabra *vis* es un vocablo latino que se refiere a la fuerza o poder de algo.

La íntima relación que tienen los mecanismos que contiene el modelo de justicia transicional construido en La Habana y refrendado popularmente por las instituciones jurídicas colombianas, con principios medulares y definitivos de la Constitución, como la paz en sus tres dimensiones —principio, valor y derecho—, nos induce a pensar en una teoría de los límites implícitos al poder de reforma de la Constitución durante las transiciones políticas. El aspecto esencial de esta es que las transiciones políticas, cuando suceden bajo el régimen constitucional, suponen la consolidación de los presupuestos materiales de la Constitución. Son el puente para su efectividad material al mitigar efectos que erosionan el orden jurídico. De esta forma, la transición dista de la excepción y se convierte, por el contrario, en el puente para la consolidación de los presupuestos de efectividad material ordinarios de un régimen constitucional. Esta configuración conceptual supondría que, durante el tiempo de vigencia de las instituciones transicionales, al tener una conexión tan profunda con principios medulares de la Constitución, se consolidarían como límites implícitos al poder de reforma del Congreso, aun a pesar de que fueran integrados a la Constitución por esta misma vía. En consecuencia, el Congreso no podría reformar la configuración Constitucional de JEP sin sustituir la Constitución.

El aporte de este artículo es plantear algunos de los pilares de una teoría sobre los límites implícitos al poder de reforma de la Constitución durante las transiciones políticas. Esta idea gravita sobre los elementos que aseguran la transición, entendiendo que constituyen ejes fundamentales para la satisfacción de los derechos de las víctimas, al tiempo que concilian una salida negociada a un conflicto. Sin embargo, sus semblanzas definitivas necesitan pensar a profundidad aspectos importantes, especialmente las implicaciones políticas de plantear este tipo de límites y la consecuente emergencia de categorías como el constituyente primario para alcanzar cambios en la Constitución.

## REFERENCIAS

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Junio de 2016, 26 Junio 2016, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org.es/docid/5a8744d54.html> [Accesado el 8 Noviembre 2020].
- Amaya-Villareal, Álvaro Francisco y Guzmán Duarte, Valeria. La naturaleza jurídico-internacional de los Acuerdos de Paz y sus consecuencias en la implementación. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Inter-*

nacional, 2017, n.º 30, pp. 41-60. DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-30.njia>

Aponte, Alejandro. Macrocriminalidad y función penal en la lógica transicional: aportes posibles del derecho penal a las garantías de no repetición. *Cuadernos de Estrategia*, diciembre de 2017, n.º 189, pp. 27-52.

Barreto, Antonio. Normalidad y excepcionalidad: la indescifrable regularidad contemporánea de la excepción. SELA, 2006. Disponible en [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006\\_pdf/Antonio\\_Barreto\\_Rozo.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/sela2006_pdf/Antonio_Barreto_Rozo.pdf)

Bernal Pulido, Carlos. Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, diciembre 2013, n.º 2, 339-357. Disponible en <https://doi.org/10.1093/icon/motoo7>

Bonilla Maldonado, Daniel Eduardo. La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes. *Vniversitas*, 2015, vol. 64, n.º 131, pp. 231-276. Disponible en <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.acps>

Cajas Sarria, Alberto Mario. La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso. *Precedente. Revista Jurídica*, 2004, pp. 13-48.

Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH). *¡Basta Ya!: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: CNHM, 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-578. (2002). [M. P. Manuel José Cepeda].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579. (2013). [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-630. (2017). [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Campo].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-674. (2017). [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699. (2016). [M. P. María Victoria Calle].

Corte Constitucional. Sentencia C-1040. (2005). [M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández].

De la Calle, Humberto. *Revelaciones al final de la guerra. Testimonio del jefe negociados del Gobierno colombiano en la Habana*. Bogotá: Debate, 2019.

Estrada Vélez, Sergio. La noción de principios y valores en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2011, vol. 41, n.º 114, pp.41-76.

García Jaramillo, Santiago y Gnecco Estrada, Francisco. La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo. *Vniversitas*, 2016, vol. 65, n.º 133, pp. 59-104. Disponible en <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsp>

García López, Eloy. El derecho constitucional como lenguaje que articula conceptos. En: Fajardo, Luis Andrés y Mauricio González Cuervo, comps., *La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015, pp. 19-33.

García Villegas, Mauricio. Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América latina. *Análisis Político*, 2012, n.º 75, pp. 89-110.

Gargarella, Roberto. *Lo “viejo” del “nuevo” constitucionalismo latino-americano*. New Haven: Yale University, 2017. Disponible en [https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15\\_Gargarella\\_CV\\_Sp.pdf](https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf)

Gonzales Cuervo, Mauricio y Fajardo Arturo, Luis Andrés. *La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Bogotá: Universidad de la Sergio Arboleda, 2015.

González Jácome, Jorge. El problema de las fuentes del derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica. *Vniversitas*, 2006, vol. 55, n.º 112, pp. 265-293.

Institute for Integrated Transition (IFIT). *Los debates de la Habana. Una mirada desde adentro*. Bogotá: IFIT, 2018.

Iturralde, Manuel. Access to Constitutional Justice in Colombia. En: Bonilla, Daniel, ed., *Constitutional of the Global South*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013.

Lemaitre, Julieta. *El Derecho como conjuro. Fetichismo, legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes-Siglo del Hombre.

Moreno Milan, Franklin. El concepto de paz en la Constitución Colombiana de 1991: reconstrucción dialéctica de su significado a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección*, diciembre de 2014, n.º 2, pp. 305-346.

Raza, Aqa. *The Doctrine of 'Basic Structure' of the Indian Constitution: A critique*. 12 de julio de 2015. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2661127> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2661127>

Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Admenments Powers*. Londres: Oxford University Press, 2017.

Santos, Juan Manuel. *La batalla por la paz. El largo camino para acabar el conflicto con la guerrilla más antigua del mundo*. Bogotá: Planeta, 2019.

# Epistemología del *compliance* como criterio de funcionamiento social y empresarial

## Epistemology of compliance as a criterion of social and business functioning

Juan Camilo Rojas Arias\*

Fecha de recepción: 2 de julio de 2020

Fecha de aceptación: 13 de septiembre de 2020

### RESUMEN

En atención al auge de los sistemas de cumplimiento surgidos en las corporaciones en el mundo, denominados *compliance* y su paulatina inserción en los diferentes ordenamientos jurídicos, el presente trabajo busca explorar las bases filosóficas y jurídicas de su creación como criterio de funcionamiento empresarial y social en la realidad actual.

**Palabras clave:** cumplimiento normativo, *compliance*, programas de cumplimiento.

### ABSTRACT

In view of the rise of compliance systems that emerged within corporations around the world, called compliance programs, and its gradual insertion in the different legal systems, this paper seeks to explore the philosophical and legal bases of its creation as a criterion for business operation and social in today's reality.

**Keywords:** Compliance, Compliance programs.

\* Abogado, candidato a doctor por la Universidad de Salamanca (España), con maestría en Derecho Internacional y en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas y especialización en Derecho Comercial. Ha sido profesor de cátedra de la asignatura Fundamentos de Derecho Comercial y de la Empresa en la Universidad de La Sabana y de Hacienda Pública en la Universidad Sergio Arboleda. En el ámbito profesional se ha desempeñado en el sector público como asesor de los ministerios de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones, Comercio, Industria y Turismo; Hacienda y Crédito Público, Relaciones Exteriores, Federación Nacional de Departamentos y como director jurídico de los patrimonios autónomos Procolombia y Fondo Nacional del Turismo (Fontur) y Secretario General de iNNpulsa Colombia, entre otros cargos.

Correo electrónico: camilor99@hotmail.com

## INTRODUCCIÓN

**E**l cumplimiento de los acuerdos sociales o normativos como género es una de las principales consecuencias directas de la vida política del ser humano, es un asunto de multidisciplinariedad desde la teoría, la práctica y la política. Dimensión de la realidad en la que confluyen diversas disciplinas en constante oscilación entre el derecho, la economía y su mixtura concretada en el análisis económico del derecho a su vez enriquecido con los enfoques de la sociología, la psicología y el estudio de la arquitectura de las decisiones, acorde con unas reglas de funcionamiento sociales y políticas.

En este marco, la aceptación de las normas y su sentido de obligatoriedad es una expresión de la vida social humana moderna cuya validación pasa por conceptos de legitimidad, necesidad y viabilidad del Estado moderno actual. En consecuencia, su análisis y decantación cognitiva siempre ha sido y será un foco de atención desde lo público y consecuentemente un punto de observación y cumplimiento desde la esfera de los privados.

No resulta aventurado afirmar que el cumplimiento es un concepto tan ligado a la norma que va incluso en su génesis, por tal razón, la teoría pura del derecho y su mixtura de relacionamiento con diversas disciplinas, siempre ha centrado la atención en los mecanismos de validación, aceptación y obligatoriedad de las normas. De hecho, en este aspecto, por consecuencia lógica de la observación, se puede afirmar por deducción, que los problemas de cumplimiento normativo son, probablemente, tan antiguos como los mismos sistemas de organización humana. En esta vía, analizar el surgimiento de mecanismos de autorreferenciación surgidos en el seno del sector privado como fenómeno social, político, económico y jurídico es una tarea interesante como método de observación y evolución del componente social y jurídico de las sociedades humanas.

El cumplimiento de las normas no es algo estático, especialmente, el que implique una restricción a las libertades fundamentales del ser respecto de su movilidad, sus creencias o su lucro. En este marco, el equilibrio de legitimidad, incentivos y percepción son algunas de las claves determinantes en esa ecuación de cumplimiento. A su vez, los Estados han diseñado estrategias para alentarla que, por supuesto, tampoco han sido estáticas y han evolucionado a lo largo del tiempo, pasando por enfoques sancionatorios e intimidatorios hasta cooperativos y autorresponsables, en los que el fomento a lo correcto es central.

Así pues, la decisión del cumplimiento normativo no es solo una situación binaria de cumplir o no hacerlo, sino que las dinámicas que lo explican son

complejas, pues intervienen un amplio número de variables (Andreoni, Erad y Feinstein, 1998), que pueden afectar la decisión de cumplir o no con el marco normativo vigente. Algunas de las explicaciones de cortes filosófico y cultural, que afectan tácitamente esa decisión, no son constantes en todas las sociedades y latitudes del mundo y no hacen que exista una fórmula única que defina y explique el cumplimiento o *compliance* en su sentido amplio y literal, sino más bien una serie de teorías que podrían ser adaptadas y ajustadas para entender este fenómeno dependiendo de las condiciones en las cuales se haya desarrollado y en donde se estudie. Consecuentemente, como acercamiento para estudiar el *compliance*, como categoría conceptual de análisis, es necesario entenderlo como un fenómeno sistémico, que contiene elementos, subsistemas, relaciones y que puede verse afectado o modificado por incentivos que reciban los agentes inmersos dentro de este sistema.

Al respecto, comprender los mecanismos que han determinado el surgimiento de un *compliance* como disciplina autónoma puede proporcionar ideas de políticas públicas sobre cómo integrar mejor a los agentes económicos en el sistema legal y, en suma, mejorar el perfil de cumplimiento en las sociedades.

Este trabajo busca explicar los factores y relaciones que han determinado el surgimiento del *compliance* en el mundo como criterio de observación desde lo público y de autorreferenciación desde lo privado. Se espera contribuir con la literatura del *compliance* en Colombia.

El documento se estructura de la siguiente forma: en los títulos I y II se define formalmente el *compliance* y sus distintas aristas de entendimiento y se hace una revisión extensiva de sus fundamentos teóricos y filosóficos. En virtud de este enfoque se teoriza sobre la base de creación del *compliance* en la realidad actual, se ahonda en los diversos pasos, mecanismos y modificaciones legales que han dado lugar a su creación como componente autónomo de autorregulación en el seno del sector privado, cuya legitimidad y eficiencia, basada en conceptos de reciente desarrollo como los cooperativistas, han permitido su consolidación como instrumentos de mitigación de los riesgos y su reconocimiento en diferentes ordenamientos legales en el mundo.

Finalmente, en el Título III se sintetizarán las conclusiones sobre el particular.

## TEORÍA DE FUNDAMENTACIÓN DEL COMPLIANCE

### Epistemología del compliance como saber transversal y criterio de funcionamiento empresarial

#### *De lo general a lo especial*

Abordar de una forma cognoscible al *compliance* en una realidad jurídico-económica determinada resulta indefectiblemente en un análisis cruzado de referencias elaboradas sobre un marco de condiciones sistémicas de índoles económico, social, cultural, legal y organizacional. En esta senda de entendimiento del *compliance* como categoría general, se debe partir de la base epistemológica de su concepción y estructuración como concepto empresarial, estatal y social.

En primer término, y como génesis de unidad y organización, están la sociedad y sus mecanismos de obligatoriedad acordados<sup>1</sup>, en términos dogmáticos, la sociedad es la construcción de un contexto determinado organizado en torno a fundamentales<sup>2</sup>, tales como los derechos humanos, de propiedad, colectivos, civiles, las formas de organización y respeto sociales, evidenciadas por la cultura, la identidad y la libertad de configuración –en las sociedades modernas–, todo orquestado por una conciencia de cesión de libertades y asunción de obligaciones que emanan de forma indirecta de los derechos, todo lo cual se enmarca en una construcción colectiva dotada de autoridad que heterocompone a toda la sociedad denominada Estado-nación (Foucault, 2001).

Acorde con la confluencia de acciones e ideologías el ser humano (Elías, 2002) se integra con otros por medio de la identificación social –racial, geográfica, idiomática, cultural, ideológica–, la aceptación del marco de funcionamiento legal y su rol de contribución económica. Uno de los primeros elementos indispensables

1 El centro de anclaje del derecho como saber gravita en torno a la sociedad y sus acuerdos; no se fundamenta en sí misma como saber original, de modo que no haya su sustrato ni en la producción legislativa ni jurisprudencial.

Para ahondar en estas ideas se puede consultar la obra de Ollero (1975).

2 A lo largo de la evolución social y organizativa del hombre, los matices de organización han ido fundamentándose por la visión general del momento. Por ejemplo, en el siglo XVII Hobbes consideraba que cada sociedad y civilización se mantenía unida por acción del miedo. Según esta visión, la tensión cultura/naturaleza cumplen un rol primordial en la configuración de la política y del Estado, que entienden al ser humano como un ser dual en constante pugna entre un estado de naturaleza latente privilegiando la guerra, el egoísmo y la vanagloria personal, con un ser miedoso del entorno y del procesos de expropiación humana por acción residual del conflicto, conforme lo cual, el ser humano estaba dispuesto a entrar en un estado de civilidad al depositar en un gran leviatán el uso coercitivo de la fuerza, renunciando a su libertad pero buscando asegurar un estadio de tranquilidad y prosperidad para sí y la sociedad. Diversos autores como Foucault, Freud, Spinoza, Hegel, Fromm, Piketty, entre otros, matizaron esta visión y agregaron o retiraron más elementos a la teoría del poder y la organización social.

dentro de la génesis epistemológica del *compliance* es el condicionamiento del ser a la sociedad, las reglas y a la cultura (Piketty, 2019).

Esta concreción fundamenta y da soporte a la figura del poder estatal como ente rector de los mercados y legítimo veedor de la vida en sociedad. En consecuencia, podría argumentarse que la cohesión del tejido social se fundamenta en el extensionismo del sujeto individual en sujeto colectivo –constituyente primario– que voluntariamente reconoce la potestad del arbitrio del poder del Estado –*ius puniendi*– para la unificación y el cumplimiento de las reglas generales de funcionamiento acordadas, así como para defender la sociedad de un mundo limitado y escaso por definición, con tendencias hacia lo hostil y caótico (Foucault, 2006).

En el camino del aseguramiento y el cumplimiento de expectativas sociales en torno al orden, a la estatización de la vida natural –establecimiento del orden y codificación– surge un mecanismo de validación social, una compleja arquitectura racional que legitima las visiones, las ideologías y los acuerdos sociales en torno a un instrumento de carácter vinculante por la mayoría como el derecho<sup>3</sup> dentro de una organización política y social con carácter coercitivo como lo es el Estado, así y como resultado de la unificación de criterios, costumbres locales e ideologías se recogen en textos, fallos o reglas de funcionamiento social y económico como mecanismos de cumplimiento<sup>4</sup> de lo que se acuerde como óptimo en lo social. Así se establece un acervo de parametrización de conductas, derechos y deberes a los que están sometidos todos por igual (Carnelutti, 2002).

En la conceptualización de Estado-nación, derecho y sociedad nace un concepto estructural en todo el arquetipo epistemológico del camino evolutivo del *compliance*, relativos a la obligatoriedad –concepto social y ontológico– y a la validación del poder como medio de aseguramiento del cumplimiento –*ius puniendi*–. Lo anterior permite entrever dos columnas estructurales del funcionamiento social de la actualidad: 1) una social legitimadora y 2) otra

3 El derecho en el mundo actual gira en torno a tres fuentes: 1) el derecho romanizado, que se produjo en la mayoría de países de Europa Occidental en la Edad Media como una medida de unificación del proceso de colonización de la época (*Corpus Iuris Civilis*), con miras a universalizar las costumbres y los fueros impuestos sobre aquellos de raigambre local. Su característica principal es la expresión escrita; sus principales fuentes son la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, 2) el derecho inglés o *common law* que surge en Inglaterra como una función uniformadora encomendada por el rey al tribunal en el tiempo de la dominación normanda, es un derecho de creación judicial mediante la aplicación de la doctrina y el precedente. Las principales fuentes de este derecho son el *common law*, el *statutory law* y la *equity* y 3) el derecho musulmán, junto con las otras concepciones del derecho, es un esfuerzo de unificación de las costumbres de los pueblos árabes y de la sistematización de la interpretación del Corán por el periodo de Mahoma (622 d. C.) las fuentes del derecho musulmán se pueden dividir en dos: las originales o directas que son: el Corán y la Sunna y las fuentes derivadas o indirectas que son: el Ijma y El Quiyás (*razonamiento por analogía*).

4 “La simple idea de una constitución civil entre los hombres envuelve ya la noción de una justicia penal en manos del poder supremo” (Kant, 1980, citado en Zape y Arboleda, 2017).

jurídica validadora. La primera, desde una aproximación social, reconoce en el Estado el monopolio de la fuerza y la capacidad material de emplearla, de manera que ese ente ostentará la capacidad para ejercer el cumplimiento en la sociedad mediante la parametrización de conductas, buscar el acatamiento de lo acordado –obediencia natural– por legitimación y aceptación voluntaria o por reconocimiento de los sistemas de incentivo o castigo.

Acorde con el enfoque jurídico, nos referimos a una concepción validadora de la primera (*social-legitimadora*) de manera que, el derecho como saber evolutivo emanado de la sociedad, habilita, legitima y valida la imposición de mecanismos para asegurar el cumplimiento de lo establecido, teniendo como esencia la limitación de las pasiones humanas por un poder colectivo emanado desde el mismo poder social, que lo limita y regula, situación que da lugar a la existencia del *ius puniendi*<sup>5</sup> estatal. En este marco de realidades relativas a la sociedad, la cultura, el orden y el derecho empiezan a surgir acciones de principal atención en torno a la construcción de conocimiento sociológico y estatal.

A la luz de esta construcción sociojurídica –como subdimensiones de una realidad política unificada– resulta de principal importancia entender los actos económicos<sup>6</sup>, políticos, sociales, religiosos y punibles los cuales podrán tener repercusión jurídica o no –responsabilidad–, criterio de unificación y regulación que servirá para armonizar de forma matricial el funcionamiento social, pudiendo asignar consecuencias esperadas a actos racionales. En concomitancia con este proceso surge como elemento orgánico al orden social y legal la voluntad racional de las personas como realizadoras de actos económicos desde el imperio de la ley (Kant, 2003) y los instrumentos dados para el efecto –el contrato y las acciones jurídicas–, que dan lugar a la incorporación de los actos humanos en el derecho y en la teoría económica; esta última amplía el rol de las normas más allá de la validación, y analiza la estructura de los incentivos y desincentivos que estas generan en virtud de parámetros cuantitativos y cualitativos.

El derecho como elemento de valor, unificación y vehículo de cohesión social y política dicta las normas de funcionamiento –marco de derechos y deberes– y las consecuencias –responsabilidad penal, civil, extracontractual, disciplinaria– por su incumplimiento. En este devenir y a medida que avanza y se sofistica la sociedad se complejizan la interacción y los mecanismos de orden social, de manera que la ciencia jurídica, como sustrato de validación y organización ha tendido a clasificar las conductas contrarias al orden social y a tender hacia

5 La referencia al *ius puniendi* es muy somera, solo para exemplificar el proceso de legitimación y validación social y político. De esta forma, más adelante se adentrará en la profundidad y alcance de este concepto.

6 Los actos económicos tienen como objetivo satisfacer las necesidades humanas y se dan en un mercado.

mecanismos de prevención por medio de la pena –en su función preventiva<sup>7</sup>–. Esta suma de situaciones de facto presupone que se engrane lo público y lo privado; en suma, que cada cual cumpla su rol en la realidad social y política.

A la luz del último punto y sumado a factores volitivos incontrolables y caóticos como las agendas particulares, la corrupción, los costes de transacción y cumplimiento, eventualmente han frustrado la visión legitimadora del cumplimiento, y han hecho persistir la sanción por la no observancia del mismo. Estas situaciones han llevado, bien sea por auspicio desde lo público o estrategia autónoma desde lo privado, al desarrollo de sistemas autorreferenciales en torno a sus actividades y riesgos –especialización– denominados mecanismos de autorregulación.

Es en esta recopilación sistemática de hechos, ideologías y análisis de forma resumida, a juicio personal se puede inferir una primera aproximación a un concepto epistemológico del *compliance* en nuestra realidad. Entendemos dos fases para su conceptualización: 1) una interna subjetiva, que hace referencia a ese elemento de voluntad de proceder conforme a las normas establecidas –cumplimiento normativo–, dimensión que incorpora en su estructura valores y principios (Kant, 2003), y otra 2) externo objetiva, relativa al marco normativo existente –iuspositivismo–, cumplimiento que deriva de la conformación social y jurídica.

Hasta este punto podemos resaltar que el derecho ha servido a las sociedades como un mecanismo de estabilización, de validación por cambios políticos y para ordenar la sociedad y su evolución. La idea de derecho, Estado y su vínculo de relación jurídica pasa por un anillo de cohesión que se llama acatamiento o cumplimiento –*compliance* en término general y gramático–, de manera que no hay Estado sin derecho ni derecho sin un sentimiento intrínseco de validación y cumplimiento de la sociedad que es el mismo Estado. A la luz de estas relaciones, el *compliance* –en términos generales de la acepción, no como disciplina desarrollada en los últimos años– es un concepto estructural propio de la conformación de los estados como del derecho. La vinculatoriedad de los axiomas del ordenamiento estatal (Heller, 2011) y humano, siempre ha traído en su génesis una visión ontológica del ser y su cumplimiento, atribuido a factores racionales de interés e involuntarios derivados de la naturaleza humana<sup>8</sup>, y de aceptación de un orden social o por factores disuasivos como las penas.

7 En términos de la teoría penal, la pena tiene una función estratégica de todo el arquetipo legal construido –es un fundamento clásico de la teoría penal–relativo a su función preventiva mediante la consecuencia que deriva de su imposición dada la infracción a un postulado determinado de ley, que buscan, por principio, el cumplimiento y el respeto de las normas. Para profundizar en estas cuestiones se puede consultar: (Herrera, 2016; Szczaranki, 2014; Morales, 2009).

8 A partir de la década del setenta, con la reflexión y el empirismo se desvirtúan dos premisas fundamentales sobre las cuales se construyeron los arquetipos de funcionamiento económico y público de los seres

La conceptualización general del *compliance* parte de una observación social, normativa y dogmática de lo que se considera deseable u obligatorio. Así, siendo el derecho el instrumento normalizador, con efectos de formalización de la voluntad democrática, es posible entender el sentimiento de obligatoriedad<sup>9</sup> como el resultado directo de la construcción social encaminada a la protección de los valores e intereses necesarios para la vida en comunidad, de manera que el cumplimiento en su acepción general resulta ser un mecanismo que en primer orden debe analizarse desde su concepción social y después desde su función legal o normativa<sup>10</sup>, que pasa en su dimensión final por un mecanismo complementario de la ley como los sistemas de autorregulación –acción cooperativa desarrollada en el ámbito privado para dar cumplimiento y efectividad a los fines y objetivos que se enuncian desde un Estado–.

Solo así se podrá entender su estructuración social y evolutiva como disciplina especial desde la órbita jurídico-pública, administrativa, sancionatoria o privado-penal,

## CARACTERIZACIÓN DEL COMPLIANCE COMO DISCIPLINA INDEPENDIENTE

### *Compliance* como disciplina autónoma

Decantada brevemente, a juicio personal, las raíces sociales que sentaron las bases funcionales de una disciplina específica, como el *compliance* en la actua-

188  
humanos: la racionalidad y las emociones fuertes, culpables del desvío de la racionalidad humana. Según esta moldura de conceptos y entendimiento se estructuró una escuela de pensamiento hoy denominada economía conductual y base del Estado libertario paternalista, conforme las cuales hay una gran atención en todos aquellos procesos mentales automáticos, alojados en el subconsciente que generan mecanismos de simplificación (heurística) de un mundo complejo y generan tanto razonamientos intuitivos indispensables en el día a día como errores y sesgos a la hora de procesar información y tomar decisiones. Para profundizar en estas cuestiones que no son objeto de la presente investigación se puede consultar (Tversky y Kahneman, 1974; Kunreuther, White y Slovic, 1974; Zajonc, 1980).

- 9 Existe un amplio espectro de investigación científica sobre la obligatoriedad del derecho en las sociedades. Para profundizar en este campo se puede consultar: (Martin, 1970; Wozley, 1979; Hermann, 1981; Rivas, 1996; Hansen 2015).
- 10 OECD. (2000). Reducing the risk of policy failure: challenges for regulatory compliance. Copyright OECD. “Compliance” in the scholarly literature on regulation is used in two main ways. The basic meaning (meaning 1 below) focuses on target populations of regulation, the extent to which they comply with regulation, and why they do so. A second usage of the word has developed out of a focus on regulatory agencies, what styles of regulatory enforcement strategies they use, and what styles they should use. In this second usage compliance describes a co-operative, persuasive style of regulatory enforcement in a debate that pits deterrence against compliance as normative ideals for regulatory enforcement. As this review will show, this second meaning is now becoming outmoded, as researchers discover that high compliance with regulation is achieved via a pragmatic and holistic approach to regulatory design that uses a mix of regulatory strategies to achieve compliance”. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/1910833.pdf>

lidad, resulta importante ahora señalar su amplio espectro de configuración dentro del saber legal. Siendo esto así, el *compliance* puede aplicarse en casi todas las áreas del derecho, no solamente en asuntos corporativos de índole penal, fiscal, sino en el cumplimiento de cualquier actividad que realice un agente en el mercado. En este sentido, el *compliance* como concepto general se define como el cumplimiento normativo en cualquiera de sus ámbitos, desde la autorreferenciación propia en el seno de las empresas (Velasco y Alberdi, 2016) y su alcance es multidimensional<sup>11</sup> ya que puede abarcar el cumplimiento y aseguramiento de medidas de gestión de la función pública para los Estados, la prevención de riesgos (Gallego, 2014), el cumplimiento de medidas administrativas para mercados regulados (Peña, 2015) o la promoción de valores y ética en las actividades funcionales de los participantes en los mercados con la consigna de la debida diligencia<sup>12</sup>.

Como se ve, se trata de un saber indeterminado pero determinable de acuerdo con las particularidades desde donde se analice, bien sea desde el sujeto activo que lo deseé implementar o desde el área específica del derecho que se quiere controlar o desde una visión preventiva de los riesgos y las actividades asociadas a cada actividad específica. Por tanto, en camino a la concreción de esta disciplina se procederá a decantar su desarrollo específico como disciplina particular.

### ***Origen y surgimiento como disciplina única de estudio***

Hasta este punto no resulta aventurado argüir que el *compliance*, como disciplina especial de estudio y desarrollo, también sienta sus bases en el tráfico e importancia económica de las relaciones sociales y comerciales a gran escala entre particulares que dificultan a los Estados su posibilidad de ejercer control en cuanto a la labor de veedor del interés público. Asimismo, los procesos de sinergia públicos y privados, que desarrollan gran parte de los proyectos más importantes en las economías recientes, generan procesos de constante redefinición y mejora derivados del desarrollo de nuevos fenómenos que necesariamente deben ser regulados. Uno de los precursores de este concepto son los procesos de expansión corporativa privada de gran implicación nacional y trasnacional.

- 11 En la praxis relacionada con el *compliance*, la academia ha hecho un amplio debate sobre la importancia de la diferenciación y alcance de las definiciones. En tal virtud ha procurado diferenciar *compliance* –cumplimiento de los programas de cumplimiento–, así como de los códigos de ética o de la cultura de cumplimiento. También ha tratado de delimitar el concepto de riesgo según el ámbito de aplicación. Claro está que el enfoque penalista, fiscal o internacional dará matices y alcances diferentes. Para ahondar en estas definiciones se puede consultar la siguiente bibliografía: (Varela, 2013; Carrau; 2016; Enseñat, 2016).
- 12 El concepto de debida diligencia es tan amplio como la aplicación del derecho, es la expresión de estandarización mínima exigible a un agente que tenga un conocimiento probado y el uso pleno de sus facultades de actuar de forma prudente, precavida y diligente. En Colombia el estándar de interpretación de la debida diligencia se haya en el artículo 1604-3 del Código Civil.

Como génesis documentada del *compliance* como disciplina autónoma, se registra la mitad del siglo XX, marcada por cambios sociales de gran magnitud en los niveles de vida después de la posguerra. Esta fue una época de estructuración y remodelación de los régimenes económicos existentes cuando las preferencias individuales en la dinámica económica y social enarbolaron el creciente dinamismo empresarial transnacional (Ávila, Buelna y Gutiérrez, 2015), situación que propició un desborde de actuaciones de empresas privadas en el extranjero que dieron lugar a la promulgación de la *Foreign Corrupt Practices Act*<sup>13</sup> en 1977, para dar una respuesta directa a las revelaciones del soborno generalizado a funcionarios extranjeros por parte de EE. UU.<sup>14</sup> a empresas ubicadas en otras jurisdicciones, y por medio de sus adecuaciones en el tiempo a empresas extranjeras en territorio de ese país. Esta ley se estableció con el objetivo de detener esas prácticas corruptas, crear un campo de juego para negocios éticos y transparentes y restablecer la confianza del público en la integridad de los mercados (Department of Justice, 2012).

Esta situación llevó a institucionalizar el control de la corrupción y la cultura de cumplimiento en las corporaciones estadounidenses lo que generó en los años venideros un sinnúmero de medidas emanadas de coyunturas económicas y políticas determinadas, que derivaron en la expedición de normas de control de capitales, lavado de activos y prohibición de financiar el terrorismo, el control a las grandes corporaciones –caso Enron– tales como: *Sarbanes Oxley Act*<sup>15</sup> de 2002, la *Dodd Frank Act*<sup>16</sup> de 2010 y la creación de los Sistemas de Administración

- 13 En términos del Department of Justice (2012), este *act* se define así: “The Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) is a critically important statute for combating corruption around the globe. Corruption has corrosive effects on democratic institutions, undermining public accountability and diverting public resources from important priorities such as health, education, and infrastructure. When business is won or lost based on how much a company is willing to pay in bribes rather than on the quality of its products and services, law-abiding companies are placed at a competitive disadvantage and consumers lose. For these and other reasons, enforcing the FCPA is a continuing priority at the Department of Justice (DOJ) and the Securities and Exchange Commission (SEC)”.
- 14 Aun cuando la FCPA es la norma significativa como precursor de *compliance*, es preciso reconocer que la cultura de *compliance* en Estados Unidos data de principios de siglo, lo que se evidencia en la expedición de normas como la *Pure Food and Drug Act* (1906), la *Federal Reserve Act* (1923) y la *Clayton Antitrust Law* (1914).
- 15 Esta ley promulgada en Estados Unidos de Norteamérica se expidió con el objetivo de crear una serie de mecanismos de control corporativo para aquellas compañías que cotizan en la Bolsa de valores de Nueva York, y evitar manipulaciones indebidas sobre la valoración de la compañía con el fin primordial de generar transparencia y protección a los inversionistas del mercado de valores. Una de las características más importantes de esta ley es su carácter extraterritorial, ya que su ámbito de aplicación recae sobre todas las empresas que cotizan en la Bolsa de Nueva York.
- 16 A raíz del descalabro financiero y del sector inmobiliario, en 2010, el Congreso de Estados Unidos creó esta ley con el objetivo de limitar un poco las libertades del sistema financiero de ese país, en busca de transparencia, seguridad y estabilidad, dado que se trata de un mercado complejo con una falla fundamental de información asimétrica entre los participantes. Para este fin se establecieron mecanismos de delación con beneficios económicos a quienes los empleen, entre otros.

del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (Sarlaft)<sup>17</sup>. Este acuerdo social corporativo de regular, respetar y fomentar una cultura de cumplimiento fomentó un consenso mundial sobre la importancia de generar una cultura de *compliance multidimensional*<sup>18</sup> y de institucionalizar sus programas de prevención o *compliance programmes*<sup>19</sup>. De forma concomitante, el *compliance* pasó a ser un área transversal del quehacer corporativo y público extendiéndose a todas las áreas sensibles del funcionamiento económico y público, tales como: 1) regulación y supervisión sobre mercados regulados –*servicios públicos esenciales, actividades riesgosas o con impacto ambiental, sector financiero, sector defensa, entre otros*–, 2) seguridad de la información, 3) protección de datos; 4) protección de intangibles, 5) estándares de cumplimiento, 6) aseguramiento de cumplimiento de laudos arbitrales extranjeros y 7) abolición de prácticas corruptas e instalación de procesos de contratación transparentes, entre otras materias.

Lo anterior nos permite dilucidar dos elementos estructurales del *compliance*: 1) su rápido desarrollo y aceptación generalizada como disciplina autónoma pero accesoria de la principal que es el derecho y 2) que su espectro potencial

17 El Sarlaft se compone de dos fases: 1) prevención del riesgo. Su objetivo es prevenir que se introduzcan al sistema financiero recursos provenientes de actividades relacionadas con el lavado de activos o de la financiación del terrorismo y 2) control. Su propósito es detectar y reportar las operaciones que se pretendan realizar o se hayan realizado, para intentar dar apariencia de legalidad a operaciones vinculadas al LA/FT.

En Colombia se puede consultar: Circular Externa de Superfinanciera 026 de 2008.

18 Aun cuando el *compliance* como disciplina individual podría atribuirse a Estados Unidos, en torno a esto, en el seno bilateral de Estados y de organismos multilaterales se han estructurado códigos muy claros sobre esta materia, tales como: 1) *OECD's 2009 Anti-Bribery recommendation and its Annex II, Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*, 2) *Asia-Pacific Economic Cooperation. AntiCorruption Code of Conduct for Business*, 3) *International Chamber of Commerce. ICC Rules on Combating Corruption*, 4) *Transparency International. Business Principles for Countering Bribery*, 5) *United Nations Global Compact. The Ten Principles*, 6) *World Bank. Integrity Compliance Guidelines* y 7) *World Economic Forum. Partnering Against Corruption.Principles for Countering Bribery*.

19 Estos programas de prevención, dentro de los lineamientos de la *Guide to the U.S. foreign corrupt practices act* deben estructurarse de acuerdo con unos lineamientos funcionales y de alcance del siguiente tenor: 1) deben tener una función específica en la compañía y 2) debe existir un compromiso con la cultura del *compliance* desde las esferas de dirección de la compañía.

Para más detalle sobre estos lineamientos se puede consultar: (Department of Justice, 2012).

Así mismo, a la hora de diseñar un programa preventivo de *compliance* se debe considerar lo siguiente: 1) escoger uno o varios líderes responsables del programa de cumplimiento, 2) evaluar el riesgo: no existe un programa de prevención multimedida, todos deben estructurarse de acuerdo con las condiciones del mercado, el tamaño de la empresa y el sector, por lo cual un análisis real del riesgo es indispensable para adecuar cada proceso a cada riesgo, 3) diseñar incentivos, medidas y comunicación: establecer una cultura transversal en torno al cumplimiento es indispensable, tanto como comunicarla de forma masiva y reiterada. Asimismo, se deben caracterizar las consecuencias legales y corporativas por no atender las reglas de conducta establecidas o los procedimientos de cada riesgo dentro de la operación, 4) crear procedimientos de investigación interna y canales de denuncia confidenciales y 5) verificar y evaluar su eficiencia en la compañía.

Para profundizar sobre los lineamientos existentes en Estados Unidos sobre el diseño óptimo de los programas de cumplimiento de acuerdo con las normas locales, se puede consultar las *Guidelines* de la *United States Sentencing Commission. Chapter Eight section §8b2.1 Effective compliance and ethics program*. Disponible en: <https://guidelines.ussc.gov/gl/%C2%A78B2.1>

de materias es amplísimo porque abarca el derecho público, disciplinario, penal, financiero, administrativo, internacional privado, propiedad intelectual, normas sectoriales, cuya infracción puede tener implicancia en otras materias de responsabilidad –civil, fiscal, disciplinaria, penal– por lo que su visión sistémica es muy importante ya que estos asuntos pueden estar interrelacionados desde el cumplimiento<sup>20</sup> o desde la responsabilidad, por lo que su gestión también debe obedecer a este criterio<sup>21</sup>.

### **Compliance como concepto jurídico de aplicación práctica**

A fin de caracterizar la disciplina como autónoma en el mundo jurídico y económico, más allá de la justificación de su nacimiento y evolución es preciso identificarla desde algunas definiciones doctrinales, para decantar su contenido y una posible clasificación propuesta en la presente investigación lo que a su vez nos permitirá diferenciar al *compliance* de conceptos asociados que en la práctica pueden dar lugar a equívocos<sup>22</sup>.

Par el caso, y como se verá más adelante, el *compliance*, al ser un elemento propio del derecho<sup>23</sup> como resultado finalístico y necesario de su existencia, resulta de

- 20 Esta conclusión sistémica ha llevado al mismo desarrollo de la disciplina a elaborar cuerpos de control y prevención con este enfoque. Por ejemplo los cuerpos de estandarización normativa y cumplimiento que se desarrollaron en Australia (*Standard Compliance Programms AssS 3806-2005*) que caracterizó el cumplimiento normativo por áreas, como: Internacional –tratados y convenios–, procedimientos públicos y administrativos, legislaciones sectarias, principios y ética. En consonancia con esta visión, el estándar de auditoría alemán (*IDWAssS 980*) compiló por ejes el cumplimiento con las normas, de manera que se categoriza el cumplimiento en gobierno corporativo, penal, ética y anticorrupción, regulación financiera, regulación de competencia, medioambiente, información confidencial y personal, laboral, propiedad intangible, con sus procesos, controles y evaluación del riesgo.
- 21 La visión operativa integral del *compliance* ha sido un proceso de evolución que podría cimentarse en los sistemas de gestión y de calidad. Para este efecto conviene revisar las pautas generales que se han desarrollado en los últimos 30 años: 1) las directrices la OECD, 2) La *US Guidelines*, 3) las ISO 19600, 37001, UNE-ISO19601. Es de resaltar el enfoque integral operativo de las COSO (ambiente de control, evaluación de riesgos, actividades de control, información y comunicación, actividades de monitoreo, enfoque descendente basado en el riesgo, juicio, adaptabilidad).
- 22 De una revisión exhaustiva de bibliografía varios autores señalan la tendencia a la confusión de términos en torno a *compliance*: auditoría, control interno, programa de cumplimiento, manejo del riesgo, gobierno corporativo, ética en los negocios, manual de ética, códigos de conducta, entre otros. Quizás en la práctica, aun cuando sean conceptos diferentes su aplicación puede ser a veces confusa cuando se trata de la implementación de un programa de cumplimiento; no obstante, todas, sin distingo, describen prácticas o lineamientos con la finalidad de orientar los actos económicos de las personas hacia la ética, los valores determinados en el seno de las organizaciones o como objetivo final, impedir el acto ilícito. Sobre el particular se puede consultar: (Enseñat, 2016).
- 23 El término derecho puede tener diversas connotaciones que delimitan su naturaleza y definición, enfoques que dependerán del matiz del análisis que se quiera ahondar, por ejemplo: desde el saber propio de ciencia jurídica podemos referirnos a la arquitectura normativa existente partiendo del supuesto de que su existencia y validez están de acuerdo con el mismo arquetipo existente. Por su parte, desde un enfoque filosófico de corte iusnaturalista podemos entender el derecho como un conjunto de postulados que desarrollan unos principios y derechos fundamentales con una estricta orientación de justicia o con un enfoque de sociología.

gran importancia recordar la conclusión de Bobbio<sup>24</sup> sobre el necesario aseguramiento del cumplimiento dentro de la esfera de creación de las normas, así:

También el más perfecto sistema del garantismo no puede encontrar en sí mismo la propia garantía, y exige la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos que, normativamente declarados, no son siempre efectivamente protegidos.

Avanzando en esta concepción del *compliance*, desde un saber netamente jurídico podemos encontrar una de sus raíces en el convencionalismo, es decir, en la teoría conforme a la cual es dable cumplir lo que la ley establece y la sociedad determinó. Podríamos aventurarnos a vislumbrar que el cumplimiento es un deseo permanente en la creación del derecho que, a su vez, es fundamento del Estado moderno actual, de manera que, este es un ideal de máxima observación y desarrollo como conocimiento autónomo dentro de la misma categoría conceptual del derecho mismo.

Esta visión filosófico-jurídica del *compliance* es posible decantarla como un avance de legitimidad social en desarrollo de un iuspositivismo consciente, no dogmático, en el que la efectividad y la legitimidad de aceptación son de principal orden más allá de la mera elaboración normativa de los Estados, lo que ha propulsado corrientes de autogestión privada en el marco de estandarización fijado por el derecho. A la sazón de este entendimiento, el *compliance* como saber autónomo –en cuanto a sistema o mecanismo de asegurar el cumplimiento–, en mi opinión, ha confluído positivamente la visión del iuspositivismo y el iusnaturalismo y ha llevado este saber a dos frentes: 1) al cumplimiento del derecho y 2) al deber ser del operador en cuanto al derecho –sistemas de autogestión– y del derecho mismo.

Esta perspectiva agregada del *compliance* como gestor del deber ser ajustado al derecho supone una estricta tendencia de valoración del marco regulatorio, con estándares de diligencia propios de un entendimiento del deber ser como mecanismo de cumplimiento de una norma, lo que emerge de un desarrollo volitivo de esta disciplina.

A la luz de esta desagregación conceptual a la luz del derecho, el *compliance* tiene una visión omnipresente a lo largo del ordenamiento jurídico, tanto por su génesis como por sus consecuencias y costes. Lo anterior ha llevado a que su desarrollo, de la mano de una visión iusnaturalista del deber ser, se configure en una esquematización más allá de una valoración simple de la norma, elevando el grado de vinculación

El derecho puede ser las prácticas adoptadas por la sociedad como obligatorias. El derecho que se tomará como punto de referencia es de enfoque de ciencia jurídica expresada como ordenamiento jurídico formal.

24 Parte del prólogo elaborado por Norberto Bobbio en (Ferrajoli, 1989, p.19).

del sujeto obligado con el mismo ordenamiento, de manera que la misma norma ha evolucionado con la determinada intención de exaltar la autorresponsabilidad de los sujetos, lo que ha generado que el producto del derecho –la regulación en sentido amplio– en algunas dimensiones de la realidad exija que se adopten mecanismos complejos y prácticas de cumplimiento más allá de la mera obediencia normativa y taxativa. De este modo se ponen en sintonía a los operadores de las normas con el ordenamiento jurídico y se permite, a su vez, el desarrollo de prácticas que evidencien los desperfectos humanos o sociales en el cumplimiento del marco de normas promulgadas en el seno de un Estado y de una sociedad.

Acorde con el examen desarrollado, el análisis económico del derecho ha cobrado gran liderazgo y ha llevado a la concepción de esta disciplina, en cuanto su aceptación y obediencia, por factores políticos o de poder, hacia enfoques de eficiencia y eficacia regulatoria. Además, llaman la atención y el obrar de los Estados hacia estos fines y decantan la relación de utilidad entre los objetivos de la organización social ante la función del derecho, de manera que acá el cumplimiento toma un matiz adicional en cuanto a grado o nivel de cumplimiento –o incumplimiento–, lo que implica que los Estados hagan el esfuerzo de analizar los diferentes mecanismos para incrementar de una forma costo-eficiente el cumplimiento<sup>25</sup> de las personas objetivo de cada tipo de regulación.

Una vez visto esto, y decantada brevemente la dependencia lógica del *compliance* como fundamento del derecho, es posible argüir que por cada tipo de regulación<sup>26</sup> habría un elemento de cumplimiento para considerar.

De manera que, como conclusión primaria, el *compliance* en su género y desde una óptica del derecho, puede categorizarse como una respuesta a la preocupación de los gobiernos por el fenómeno del incumplimiento normativo, derivado de factores que van más allá de la misma taxatividad normativa como

- 25 El cumplimiento como genero del derecho con relevancia económica es un asunto de suma importancia para los Estados. Es por esto que la OECD viene trabajando desde 1990 en el seno de su organización tendencias hacia una gerencia de calidad en la expedición normativa y sus efectos.
- 26 La OECD (2000) propone una categorización general para los tipos de regulación, así: “Regulations can be divided into three categories: - Economic regulations intervene directly in market decisions such as pricing, competition, market entry or exit. Reform aims to increase economic efficiency by reducing barriers to competition and innovation, often through deregulation and use of efficiency-promoting regulation, and by improving regulatory frameworks for market functioning and prudential oversight.
  - Social regulations protect public interests such as health, safety, the environment, and social cohesion. The economic effects of social regulations may be secondary concerns or even unexpected, but can be substantial. Reform aims to verify that regulation is needed, and to design regulatory and other instruments, such as market incentives and goal-based approaches, that are more flexible, simpler, and more effective at lower cost.
  - Administrative regulations are paperwork and administrative formalities –so-called “red tape”– through which governments collect information and intervene in individual economic decisions. They can have substantial impacts on private sector performance. Reform aims at eliminating those no longer needed, streamlining and simplifying those that are needed, and improving the transparency of application.”

la corrupción, los incentivos para cumplir, la calidad de la expedición normativa, la voluntad de cumplir, entre otros (OECD, 2000). En tal razón, es por lo que se puede deducir que al hablar desde la perspectiva del derecho la figura del *compliance* debe responder mejor a su visión transversal, que vaya escalando y se pueda ir agregando a las diversas ramas de aplicación de esta disciplina, dando forma a un ejemplo de evolución propia del derecho, en el que su efectividad –cumplimiento, expresado en los mecanismos de su aseguramiento– se ha ido adaptando a los retos surgidos de los diferentes modelos de Estado, sociedad o economía a lo largo de la historia.

En este sentido, a mi juicio, el *compliance* debe considerarse según su tipología y las órbitas del derecho y sujetos de aplicación correspondiente, sin que con ello dejen de ser diversas dimensiones de una misma figura que vela precisamente por el cumplimiento del ordenamiento jurídico (Foorthuis, 2012), bien por medio de la implementación de normas de orden nacional, políticas de Estado, organismos internacionales o con la mediación de los particulares y programas dentro de las empresas, razón por la cual se puede afirmar que el *compliance* está definido por su objetivo.

A su vez la concepción desde el derecho del *compliance* debe observar el modelo normativo en el que se encuadra este concepto por lo que, en consecuencia, debemos analizar sus fuentes formativas y luego como disciplina especial de desarrollo público y privado como área de estudio legal, dado que esta construcción corresponde a la constitución de una arquitectura legal que cimienta el *compliance*. La tabla 1 ilustra esta caracterización:

**Tabla 1. El sistema de cumplimiento desde dos técnicas**

<i>Hard law</i>	<i>Soft law</i>
<p>Tratados, normativa nacional (en sentido amplio lo que incluiría leyes, decretos, resoluciones, circulares, directrices, directivas, entre otros).</p> <p>**Se trata entonces si del marco normativo, conforme al cual, a través de la ley –entendida como género– se fija la parametrización de conductas y acciones en los diferentes ejes de la regulación en lo social, lo económico y la política y que su no observación genera consecuencias establecidas en el mismo ordenamiento.</p>	<p>Normas de estandarización, producción académica, lineamientos no vinculantes que busquen guiar un comportamiento determinado en alguna materia.</p> <p>**Este tipo de lineamientos, no vinculantes, buscan establecer un marco dentro del cual la población objetiva de una regulación pueda implementar mecanismos de autorregulación para facilitar el cumplimiento de las normas existentes.</p>

**Fuente:** elaboración propia.

## CONCLUSIONES

En resumen, en términos generales el *compliance* es un constructo teórico-normativo cuya finalidad inmediata es obtener el cumplimiento de lo establecido (desde una visión ética, sociológica, política y económica), de forma paralela al cumplimiento se encuentra la responsabilidad, lo que traducido al caso del *compliance* se reflejará en consecuencias económicas o penales.

Ahora bien, decantado el análisis y los presupuestos de creación del *compliance* como disciplina especial descrita *supra* y como instrumento de desarrollo impulsado en un primer término por Estados Unidos, es preciso entenderlo a su vez desde la visión del derecho –visión generalista– evidenciado en una arquitectura fundada tanto en el *hard law* como en el *soft law*, que permite delimitarlo como una disciplina especial relacionada con estructuras organizacionales y programas disciplinarios en las empresas. Se puede constatar que, dentro de la producción doctrinal sobre el tema, se suelen encontrar textos especializados en una tipología específica de *compliance* y que el régimen jurídico aplicable a él depende del contexto particular de cada país, lo cual es lógico y racional, partiendo de la base de que el *compliance* es propio del derecho como categoría conceptual y producto del Estado.

En cuanto a lo expresado en precedencia y la dificultad para precisar conceptualmente lo que es el *compliance* como disciplina autónoma, más allá de caer en el reduccionismo de manifestar que es la obligación de cumplir con las normas –que es su visión general como concepto de surgimiento y fundamentación– cabe decir a manera de conclusión que este es un mecanismo con visión sistémica, que puede abordar conceptos derivados como cumplimiento normativo, prevención, conducta ética, programa de cumplimiento, cultura ética corporativa, normas de estandarización, entre otras, o entenderlo como un concepto funcional y dependiente de un proceso ligado a una norma. En este caso, el *compliance* es una “función independiente que, a través de las políticas y procedimientos adecuados, detecta y gestiona el riesgo de incumplimiento de las obligaciones regulatorias, tanto externas como internas, que tiene una organización”. De manera que esta concepción puede discurrir tanto en organizaciones públicas como privadas, con y sin ánimo de lucro y enmarcarse en una materia amplia circundante entre los mecanismos de autorreferenciación, el cumplimiento normativo y la ética (Velasco y Saura, 2016).

En suma de lo anterior, y como criterio personal de abstracción del *compliance*, y en un esfuerzo de intentar categorizarlo como género dentro de su especialidad, el *compliance* es una herramienta de control normativo impulsada desde el sector público y que ha tenido amplio desarrollo en los mecanismos de autorreferenciación del ámbito privado. Además, está marcando una tendencia

que paulatinamente ha entrado a los diferentes ordenamientos jurídicos y al reconocimiento y exigencia de los programas de cumplimiento a determinados sectores regulados y a su vez como mecanismos por excelencia de prevención de ilícitos, que puede dar lugar a entender como medio de validación que en un principio obedece a razones de legitimidad para posteriormente conforme la senda de evolución de los sistemas normativos adquiera plena validez.

## REFERENCIAS

### Bibliográficas

- Almudí, C. y Serrano, A. (2002). La normativa contra la elusión fiscal internacional en los Estados Unidos. En M.T. Soler Roch y F. Serrano Antón (directores): *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Andreoni, J., Erard, B. y Feinstein, J. (1998). Tax compliance. *Journal of economic literature*, 36(2), 818-860.
- Arroyo, L. y Nieto, A. (2013). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ávila, S., Buelna, M. E., y Gutiérrez, L. (2015). El desarrollo de la economía de consumo en el contexto del mundo bipolar de mediados del siglo xx. Una visión retrospectiva. *Análisis Económico* Núm. 74, vol. xxx.
- Carnelutti, F. (2002). *Cómo nace el derecho*. Monografías Jurídicas. Bogotá: Temis.
- Carrau, R. (2016). *Compliance para pymes*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. (2012). *A resource guide to the U.S. foreign corrupt practices act*. Recuperado de: [www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa](http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa) y [www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml](http://www.sec.gov/spotlight/fcpa.shtml)
- De Vicente, R. (2016). *Vademécum de derecho penal*. 4 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Elías, N. (2002). *Humana Conditio: consideraciones en torno a la evolución de la humanidad*. Barcelona: Akal.

- Enseñat, S. (2016). *Manual de compliance Officer*. Pamplona: Aranzadi.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Foorthuis, R. (2012). Tactics for Internal Compliance: A Literature Review. “Project Compliance with Enterprise Architecture”, pp. 153-198, Doctoral dissertation (PhD thesis). Utrecht University, Center for Organization and Information.
- Foucault, M. (2001). *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2006). *Seguridad, territorio, población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Gallego, J. (2014). “Criminal Compliance” y proceso penal. En *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid: Edisofer.
- Hansen, M. H. (2015). Political Obligation in Ancient Greece and in the Modern World. In *Scientia Danica, Serie H. Humanistica*, 8. København: Det Kongelige Danske Videnskabernes Selskab.
- Heller, H. (2011). *Teoría del Estado*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España
- Hermann, D. H. J. (1981). Socrates on Justice and Legal Obligation. En Seton Hall L. Rev., 11.
- Kant, E. (2003). *Critica de la razón práctica*. Buenos Aires: La Página.
- Kunreuther, H., White, G. y Slovic, P. (1974). *Decision processes, rationality, and adjustment to natural hazards*. Repositorio DSpace. Portland: University of Oregon libraries.
- Morales, H. (2009) *La función preventiva de la pena y sus elementos*. UAC, Recuperado de [https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas\\_cientificas/juris/volumen-9-no-1/editorial.pdf](https://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-9-no-1/editorial.pdf)
- Kindhauser, U. (2011). Infracción de deber y autoría. *Revista de estudios de la justicia*, 14.

Kirchler, E. (2007). *The economic psychology of tax behaviour*. Cambridge: Cambridge University Press.

Kirchler, E., Muehlbacher, S., Kastlunger, B. y Wahl, I. (2007). *Why Pay Taxes? A Review of Tax Compliance Decisions*. IDEAS Working Paper Series from RePEc.

Márquez, F. (2003). *Teoría de la antijuricidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/549-teoria-de-la-antijuridicidad>

Martin, R. (1970). Socrates on Disobedience to Law. *The Review of Metaphysics*, 24, 1.

Molina, F. (2001). *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Barcelona: J. M. Bosch.

Nieto, A. (2014). Public “compliance”: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos. La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

OECD. (2000). *Reducing the risk of policy failure: challenges for regulatory compliance*. Paris: OECD Publishing. Recuperado de <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/1910833.pdf>

Ollero, A. (1975) “Una filosofía jurídica posible”. En: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 15.

Peña, S. (2015). *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*. Madrid: Aranzadi.

Piketty, T. (2019). *Capital e ideología*. Bogotá: Planeta.

Rivas Palá, P. (1996). *Justicia, comunidad, obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la ley*. Pamplona: Eunsa.

Ruiz, R. (1999). El ámbito del derecho punitivo: el concepto constitucional de sanación. *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada*, 3(2).

Tversky, A. y Kahneman, D. (1974). Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 185.

Szczaranki, F. (2014). El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa. *Revista Ius Et Praxis* 171-203.

- Varela, A. (2013). *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*. Barcelona: Marcial Pons.
- Velasco, E. y Saura, A. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*. Navarra: Aranzadi.
- Woozley, A. D. (1979). *Law and Obedience: the arguments of Plato's Crito*. London: Duckworth.
- Zajonc, R. (1980). Feeling and thinking: Preferences need no inferences. *American Psychologist*, 35(2), 151-175.

# La responsabilidad del Estado colombiano por la falla en la detección temprana de enfermedades auditivas\*

## The Responsibility of the Colombian State for the failure in the early detection of auditory diseases

William Eugene Ulrich Astaiza\*\*

Fecha de recepción: 17 de abril de 2018

Fecha de aceptación: 4 de marzo de 2020

### RESUMEN

El presente artículo presenta un análisis de la responsabilidad del Estado por la falla en la detección temprana de enfermedades auditivas, en el entendido de que le corresponde al Estado colombiano efectuar el Potencial Evocado Automatizado de Tallo Cerebral (peatc), a los recién nacidos dentro de las primeras 48 horas de su nacimiento, a fin de establecer de forma acertada su audición y las enfermedades que pudieren presentar de acuerdo con lo establecido en la Ley 982 de 2005. Esta falla por la omisión en la realización del peatc podría derivar en la pérdida de la oportunidad de acceder a un tratamiento, que si bien no es una cura definitiva, resultaría en una ostensible mejora de su estilo de vida.

**Palabras clave:** responsabilidad estatal, falla en el servicio, enfermedades auditivas, detección temprana, recién nacidos.

### ABSTRACT

This article presents an analysis of the responsibility of the State for the failure in the early detection of auditory diseases, under the understanding that it is up to the Colombian State to effect Automated Brainstem Implicated Potential (ABB) to newborns within the first 48 hours after his birth in order to correctly establish his hearing and the diseases he may present in accordance with the provisions of Law 982 of 2005, the failure of the State to omit this test could result in the loss an opportunity for those whose early detection was not done, preventing them from accessing a treatment that, although it is not a definitive cure, would result in an obvious improvement in their lifestyle.

**Keywords:** State Responsibility, Service Failure, Hearing Diseases, Early Detection, Newborns.

- \* El presente artículo surge de una investigación financiada en su totalidad por la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Popayán. Agradezco a mi esposa Catalina Verutti, por su preocupación y cercanía con estos temas. De ella recibí la inspiración para escribir.
- \*\* Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca, magíster en Derecho Administrativo de la Universidad del Cauca. Sus intereses de investigación son la responsabilidad del Estado y las acciones públicas. Correo: William.ulricha@campusucc.edu.co

## INTRODUCCIÓN

**L**a responsabilidad del Estado colombiano ha sido sin lugar a dudas un tema apasionante y de complejas dimensiones dentro de la doctrina y la jurisprudencia. La importancia de la dignidad humana, la vida y la salud en la Constitución de 1991 aunados a la cláusula general de responsabilidad del Estado han creado un ambiente propicio para abordar temas relacionados con los servicios médicos prestados en hospitales públicos, situación que no se ha hecho esperar en el ámbito judicial.

Las dificultades que resultan de este régimen de responsabilidad son palmarias, la evidente naturaleza técnica de los procedimientos realizados y en ocasiones las dificultades de acceder a los medios probatorios pertinentes e idóneos han llevado a que accionar en contra del Estado argumentando una “mala praxis” sea, por decir lo menos, muy complicada.

El presente trabajo busca explorar las visibles dificultades de la responsabilidad del Estado por las fallas en la prestación del servicio médico y abordar la pérdida de la oportunidad que le es tan propia a un estamento como el médico, porque las acciones pueden llevar a la pérdida de ciertas expectativas legítimas que tienen los ciudadanos al someterse a los cuidados de los galenos en Colombia.

Atendidos los prolegómenos de este tema es necesario plantear la pregunta que se busca resolver con el presente trabajo: ¿Existe responsabilidad del Estado por la falla en el tratamiento temprano u oportuno de enfermedades auditivas en recién nacidos?

Es necesario tratar de forma previa el tema poniendo de presente que el avance en las ciencias de la salud ha permitido que en la actualidad se hagan procedimientos de detección y tratamiento temprano de diferentes tipos de enfermedades de naturaleza auditiva en recién nacidos. Los beneficios de la implementación de este modelo de salud son variados, entre ellos, la reducción de costos para el tratamiento de adultos y por supuesto la mejora en la calidad de vida para quienes efectivamente reciben atención.

Al amparo de la Ley 982 de 2005 se creó un sistema de protección de las personas sordas y sordociegas en Colombia y la equiparación de sus oportunidades, que propició la creación de un modelo de detección temprana y la concientización de las autoridades sobre el problema que presenta la hipoacusia para la población.

El Estado se encuentra especialmente obligado a la detección temprana y al tratamiento de la hipoacusia en los recién nacidos, que encuentra especial asidero en la prevalencia de los derechos de los niños, protegidos por la carta

constitucional. Ahora bien, en atención a esta situación es posible deducir la responsabilidad del Estado por la falla en el servicio de la salud al dejar de lado la especial protección que merecen los menores tratándose de su salud auditiva, tal como lo establece la Ley 982 de 2005, artículo 42).

Es necesario que desde la academia se busquen soluciones a problemáticas sociales reales y potencialmente dañinas para la sociedad y la salud pública, es así que atendiendo a las diversas fuentes académicas se propone al Estado como responsable de las fallas en la detección temprana de enfermedades, ya que su obligación es palpable y exigible.

Se propone con el presente trabajo una mirada netamente académica de una posible conducta antijurídica del Estado ya que, de configurarse el trinomio de la responsabilidad, es decir, un daño antijurídico y que este le sea imputable al Estado aunado a un nexo de causalidad estaremos ante una posible responsabilidad que de ser probada generaría una indemnización tal y como lo establece el artículo 90 de la Constitución Política.

El presente artículo analizará las particularidades de la responsabilidad del Estado por fallas en la detección temprana, es decir, hará un acercamiento a las enfermedades de naturaleza auditiva y el manejo de esta técnica en algunos estados de los Estados Unidos como modelo para la implementación en Colombia. También se analizará la falla en el servicio y la pérdida de la oportunidad como factores de innegable importancia para abordar este tema.

## **1. LA FALLA EN EL SERVICIO MÉDICO COMO TÍTULO DE IMPUTACIÓN POR FALTAS EN LA DETECCIÓN TEMPRANA DE ENFERMEDADES AUDITIVAS**

El derecho a la salud contemplado en el artículo 49 superior establece que este está establecido como un servicio público y que además el acceso a este es un derecho irrenunciable, por el cual el Estado debe buscar formas de acceso irrestricto sin distingos de raza, edad, sexo o estratificación socioeconómica. En la Sentencia T-121 de 2015 la Corte Constitucional se pronunció sobre este tema: “El derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo”.

La falla en el servicio aparece como aquella situación anómala en la que el Estado presta un servicio ya sea de forma defectuosa o sustrayéndose de cumplirlo,

es decir, lo hace de forma tardía o simplemente no cumple en lo absoluto. De acuerdo con Guecha (2012):

[...]la administración no ha actuado, lo ha hecho tardíamente o la actuación ha sido anómala. Lo anterior significa que la actividad del Estado en este título de imputación de responsabilidad se enmarca en conductas positivas como en los casos en que la administración ha actuado mal y en conductas omisivas para las circunstancias en que no haya actuado o la actuación ha sido tardía. (p. 99)

Ahora bien, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado (2015) ha sentado la postura de que la falla en el servicio es uno más de los títulos de imputación que puede utilizarse al buscar la responsabilidad del Estado, ya que la Constitución no privilegió ningún título en especial, tan solo basta con probar la antijuridicidad del daño cometido ya sea por acción u omisión, lo cual evidentemente deja en evidencia lo planteado, esto es, que no existe un título privilegiado.

La falla en el servicio médico aparece en diferentes modalidades, esto es, con respecto al servicio que se haya prestado y que haya resultado defectuoso en su aplicación o que simplemente no se haya aplicado o ejecutado. Tendremos entonces falla en el servicio diagnóstico o por error en el diagnóstico y falla en el servicio quirúrgico. El Consejo de Estado (2016) ha sido bastante claro al respecto:

[...] está demostrada la responsabilidad de la Clínica Casanare en el presente caso, pues esta institución no realizó todos los procedimientos recomendados por la ciencia médica para diagnosticar a tiempo la patología que sufría la señora Deyanira Vega Aguirre, lo que, a su vez, impidió que se le realizará oportunamente el tratamiento quirúrgico indicado (apendicectomía), hecho que ocasionó la muerte de la mencionada paciente (...). La causa determinante del deceso de la señora Deyanira Vega Aguirre no fue la demora en su traslado hacia Bogotá, sino la falta de un diagnóstico y tratamiento oportuno respecto de la patología que padecía.

Un aspecto fundamental sobre la responsabilidad médica es la infracción a la *Lex Artis* que implica la presunción de conocimiento y el correcto desempeño de una actividad profesional. La *Lex Artis* médica presenta un panorama de obligaciones tanto éticas como profesionales para quienes trabajan en el mundo de lo médico-sanitario que obliga a la prestación de un servicio competente y constantemente actualizado acorde con las técnicas que surgen en un mundo cambiante (Giménez, 2006).

Esta obligación de conocimiento y pericia exigible a los galenos en su actuar encuentra sustento en la Constitución Política y también en la Ley 23 de 1981 que define la relación médico-paciente, además de un decálogo de obligaciones para los médicos que tiene que ver<sup>1</sup> con su actuar. Entre otros, el diagnóstico y el acto de intervenir al paciente, que así lo requiera, cobra valor en la norma mencionada, ya que la falla en el diagnóstico o los procedimientos establecidos puede acarrear una sanción de estatura ética para el médico tratante y de corte pecuniario para el Estado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en este tema muestra su constante necesidad de adaptación en cuanto a los requerimientos técnicos de la ciencia médica. Resulta apenas evidente que, la persona común carece de los conocimientos necesarios sobre un procedimiento quirúrgico o la ciencia tras el diagnóstico y su importancia para el tratamiento efectivo, esto será de resorte de los médicos tratantes, quienes son los encargados de determinar el mejor tratamiento y manejo de las diferentes patologías, así las cosas, la comprensión y

El primer momento jurisprudencial traía consigo el título de la falla probada que exigía probar la actuación irregular del Estado junto con el daño y el nexo, pasando a un sistema de carga dinámica de la prueba, en la que el juez de acuerdo con las necesidades del proceso y la posición de cada una de las partes de probar un supuesto podía asignar la carga de la prueba, para llegar a un sistema en el que a la persona que alegue la falla en los procedimientos médicos le corresponde aportar las pruebas correspondientes, haciendo uso –si se requiere de los indicios– para aligerar su carga dada la complejidad de los conocimientos que requiere el tema médico. Así lo establece el Consejo de Estado (2016):

En lo que se refiere a las demandas de responsabilidad derivada del servicio médico, la Sección actualmente considera que, en los casos en los cuales el actor cuestione la pertinencia o idoneidad de los procedimientos médicos efectuados, a su cargo estará la prueba de dichas falencias, para lo cual podrá acudir incluso a la prueba indiciaria, teniendo en cuenta que, dada la complejidad de los conocimientos técnicos y científicos que involucra este tipo de asuntos, en ocasiones son los indicios los únicos medios que permiten establecer la presencia de la falla endilgada.

La prueba indiciaria en estos casos cobra una especial importancia, tal como se estableció anteriormente. Acorde con el nuevo modelo probatorio del Consejo de Estado tendrá una especial acogida dadas las dificultades probatorias que

1 Artículo 50. La relación médico-paciente se cumple en los siguientes casos: 1) por decisión voluntaria y espontánea de ambas partes, 2) por acción unilateral del médico, en caso de emergencia, 3) por solicitud de terceras personas y 4) por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

necesariamente acarrea demostrar una situación de naturaleza técnica como la del saber médico. El máximo ente de lo contencioso administrativo ha dejado claro qué es un indicio:

Ahora bien, la existencia y convergencia de hechos indicadores, los cuales se encuentran debidamente acreditados, entraña una pluralidad simétrica de hechos indicados que corresponden a las conclusiones como producto de las inferencias, a partir de un número igual de hechos probados. Y es que como ya se sabe, el indicio se estructura sobre tres elementos: 1) un hecho conocido o indicador, 2) un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar y 3) una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer. (Consejo de Estado, 2011)

Es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es el juez quien construye el indicio, en cada caso concreto. (Consejo de Estado, 2011)

Los protocolos médicos son adicionalmente un factor de gran importancia para la determinación de la responsabilidad por fallas médicas. Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia (2010):

Si esas son algunas de las reglas más significativas de la *Lex Artis* de los referidos profesionales, es palpable que el incumplimiento de los deberes que la práctica les impone comporta una falta de diligencia que permite calificar de culposa la conducta de aquellos; por supuesto que los deberes allí contemplados sirven de parámetro para evaluar el grado de diligencia y responsabilidad empleados por el galeno. Del mismo modo, el incumplimiento injustificado de los deberes que la ley les impone a los establecimientos clínicos o sanitarios o de las exigencias de organización y funcionamiento, compromete la responsabilidad de estas; claro está, en la medida en que hubieren causado el perjuicio cuya indemnización se impetrta.

La definición de qué es un protocolo médico muestra en gran parte la razón de un apego tan estricto a sus directrices, ya que contiene los procedimientos técnico-médicos necesarios para la atención de una situación en salud como cuando se trata de pacientes con cáncer, vih, tuberculosis, entre otras enfermedades infecto-contagiosas. También aplica o direcciona el actuar de un profesional médico hacia la atención de pacientes que han sufrido quemaduras, accidentes o partos que muestran signos de complicaciones. Desconocer un protocolo médico o separarse de su texto con el evidente riesgo que esto conlleva y que cause

un daño que la persona no estaba obligada a soportar, comportará sin lugar a dudas responsabilidad de tipo patrimonial para el Estado y ética para el galeno.

Agotados los prolegómenos jurisprudenciales sobre la naturaleza de la falla médica es preciso ahondar en el tema descrito en el título: la falla médica como título de imputación para la falla en la detección de enfermedades auditivas. De acuerdo con la Academia Americana de Pediatría (aat) tres de cada mil recién nacidos presentan perdidas auditivas ya sea leves, moderadas o profundas. Estas pérdidas auditivas son aún más comunes en recién nacidos que deben ser trasladados a las unidades de cuidados intensivos. La falta de detección temprana de este tipo de deficiencias puede causar fallas en el desarrollo del lenguaje, el habla y la cognición. La detección temprana de una enfermedad auditiva puede, en Estados Unidos, llegar a ahorrar una suma tan escandalosa como 400 000 usd en educación especial para la época en que se recién nacido se gradué como bachiller.<sup>2</sup>

Resulta interesante resaltar que con procedimientos que van desde los 28 660 cop a 143 300 cop<sup>3</sup> pueden evitarse en un futuro costosos aparatos y educación quizás especializada que naturalmente resulta onerosa. Ahora bien, desde la óptica colombiana no se está tratando con un tema nunca antes visto, existe un precedente legislativo en la Ley 982 (2005, art. 42) que establece en el artículo 42: “Todo niño recién nacido tiene derecho a que se estudie tempranamente su capacidad auditiva y se le brinde tratamiento en forma oportuna si lo necesitare”.

Esta obligación se refuerza aún más en la Ley 982 con lo siguiente:

Artículo 43. Será obligatoria la realización de los estudios que establezcan para tal efecto las normas emanadas por el Ministerio de la Protección Social conforme al avance de la ciencia y la tecnología para la detección temprana de la hipoacusia, a todo recién nacido, antes del primer año de vida. (Congreso de la República, 2005)

Visto lo anterior resulta evidente que es obligación del Estado proteger, diagnosticar y en general velar por la salud auditiva de los recién nacidos ya que la desatención de este aspecto, sin lugar a dudas generará perjuicios que por la inexistencia o la deficiente prestación de un servicio se generan daños en la salud reflejados, como se vio, en fallas en el desarrollo del lenguaje, habla y cognición.

- 2 Los datos suministrados se obtuvieron de la página <http://www.ncsl.org/research/health/newborn-hearing-screening-state-laws.aspx>, consultada el día 28 de abril de 2017.
- 3 Cantidad obtenidas de la página <http://www.infanthearing.org/> convertidas con la tasa representativa del día 12 de abril de 2018 en cuyo momento era de 2866 COP por cada dólar. Se convirtieron las sumas de 10 USD y 50 USD.

Esto en un Estado social de derecho resulta ser un claro daño antijurídico que debe ser indemnizado. (Consejo de Estado, 2006).

Resulta necesario aclarar entonces en manos de quién está la carga de la prueba en el caso de que un recién nacido no sea evaluado en su audición tal como lo establece la norma dentro de su primer año de nacido, cuestión agravada por los siguientes factores:

- Antecedentes familiares de hipoacusia neurosensorial congénita o de instauración en las primeras décadas de la vida hereditaria o de causa no filiada.
- Infecciones de la madre en el embarazo, confirmadas o de sospecha, por cmv, toxoplasma, herpes, rubéola, sífilis o vih, o rasgos clínicos o analíticos en el niño sugerentes de infección por esos agentes; anomalías craneoencefálicas y de cuello congénitas que afecten a la línea media o a estructuras relacionadas con el oído.
- Peso al nacer menor a 1500 gr.
- Hiperbilirrubinemias graves que precisen exanguinotransfusión o por encima de 20 mg/dl.
- Medicación en la madre gestante o en el recién nacido ototóxica, isótopos radiactivos y otros productos ototóxicos.
- Meningitis bacteriana.
- Accidentes hipóxico-isquémicos: test de Apgar: menor a cuatro en el primer minuto o menor de seis en el minuto 5; encefalopatías moderadas y graves.
- Ventilación mecánica más de cinco días.
- Traumatismos craneoencefálicos que afecten a la base del cráneo.
- Hallazgos en el recién nacido o en la familia de rasgos o alteraciones correspondientes a síndromes que se asocien con hipoacusia y trastornos neurodegenerativos. (Pozo, Almear, Tapia Ma. y Moro, 2015 p.30)

Los anteriores elementos deben ser atendidos por los médicos tratantes de un menor de edad como posibles indicadores de riesgo para su salud auditiva. Evidentemente no tomarlos como tal resultaría en una desatención inexcusable

para el oficio médico ya que su naturaleza predice una posible afectación en la futura audición de un recién nacido. Claro está que no todo menor que encaje en los anteriores criterios podrá considerarse sordo o como una persona con dificultades auditivas, tan solo son indicadores que no pueden ignorarse como posibles causantes de enfermedades de este tipo.

El daño antijurídico puede originarse por la falta de valoración adecuada en un recién nacido que presente un cuadro como los anteriormente descritos. De acuerdo con la cartilla *Abecé Salud auditiva y comunicativa “Somos todo oídos”* del Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia el 60 % de los problemas de audición y de oído son prevenibles y es muy deseable la prevención y el tratamiento oportuno de las enfermedades auditivas. A pesar de esta preocupación del Estado colombiano surge la pregunta: ¿En Colombia se examinan todos los recién nacidos para determinar su capacidad auditiva? De no ser examinados ¿qué razón existe para no hacerlo? Para responder a estas preguntas deben tenerse en cuenta las normas vigentes sobre la materia que, entre otras, establecen que el Estado está obligado a practicar estos exámenes y está claro que omitir este fundamental paso puede resultar en un daño para el menor y para su familia.

La falla se presenta en la omisión injustificada de hacer estos exámenes a un recién nacido; sin embargo, el daño solo se consolida cuando se presentan patologías que de haber sido detectadas a tiempo pudieron ser tratadas de forma efectiva. De este modo se previenen las consecuencias antes mencionadas y se evita una carga económica para la familia del afectado, incluso, para el patrimonio del Estado ya las prestadoras de salud deberán proveer tratamientos costosos como cirugías e implantes cocleares. De la American Speech Language Hearing Association (asha) pueden llegar a costar alrededor de los 40 000 usd es decir, 114 677 200 cop<sup>4</sup>.

Es posible declarar *prima facie*, vía pretensión de reparación directa, la responsabilidad del Estado y como consecuencia solicitar, a su vez, las indemnizaciones por los perjuicios causados. Como ya se expresó debe haber un juicioso ejercicio probatorio de los demandantes, que deberán demostrar cómo la actuación de la entidad causó el daño que se reclama, sin dejar de lado que los indicios pueden llevar al convencimiento necesario que requiere el juez para proceder a declarar probada la responsabilidad y obrar tal como lo ordena el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo.

4 Para este valor se tuvo en cuenta la TRM del día 12 de marzo de 2018 que fue de 2866 COP la información sobre costos fue obtenida de la página <http://www.asha.org/public/hearing/Cochlear-Implant-Frequently-Asked-Questions/> consultada el día 12 de marzo de 2018.

## 2. LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD COMO PERJUICIO AUTÓNOMO DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA EN LA DETECCIÓN TEMPRANA DE ENFERMEDADES AUDITIVAS

La pérdida en la oportunidad aparece como una propuesta novedosa y pertinente para el caso de la detección en la pérdida auditiva en recién nacidos, ya que no siempre el daño causado estará directamente relacionado con las actuaciones de un médico, sino más bien, con su falta de actuar en un caso específico que resulta en un daño de carácter especial, en razón a que lo que produjo el daño resulta de la falta de atención a los detalles específicos y a las señales que muestran determinadas patologías. En este caso será la no realización de los exámenes auditivos pertinentes, conocidos como potenciales evocados auditivos, que permiten una detección mucho más efectiva en recién nacidos (Denia y Lombardero, 2009).

La falta de actuar en los casos en los que se presenten factores de riesgo como hiperbilirrubinemias, procesos hereditarios, ingesta de la madre de medicamentos ototóxicos, etc. son cuestiones que un médico no puede pasar por alto y que al hacerlo crea una situación que el recién nacido ni su familia están en la obligación de soportar, es decir un daño de naturaleza antijurídica en las palabras del artículo 90 superior.

El Consejo de Estado (2010) define la pérdida de la oportunidad de la siguiente forma:

210  
La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta este que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio –material o inmaterial– para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

Vista esta definición se esclarece la importancia de la pérdida de la oportunidad, que de acuerdo con la jurisprudencia del mismo Consejo Estado (2013), es un

perjuicio autónomo, es decir, no aparece como resultado de otra situación fáctica, sino más bien, como su propia línea de posible indemnización ya que la pérdida de la oportunidad es en sí un perjuicio, motivo por el cual podrá ser alegado de forma independiente a otro tipo de perjuicios.

Este tema no se ha abordado solamente en la jurisprudencia colombiana, en los Estados Unidos su uso ha sido amplio:

Tort lawyers in the United States often think of “loss of a chance” as a theory of “probabilistic causation” that only applies to medical malpractice misdiagnosis cases. The theory is that if a physician negligently fails to diagnose a curable disease, and the patient is harmed by the disease, the physician should be liable for causing the “loss of a chance” of a cure...<sup>5</sup> (Fischer, 2001, p. 605).

En Inglaterra también se ha tratado el tema de la pérdida de la oportunidad desde hace ya algún tiempo. El caso *Chaplin vs. Hicks* de 1911 es famoso porque se privó a una mujer de participar en un certamen en que probablemente resultaría ganadora:

The defendant, a theatrical manager, agreed to give positions as actresses to persons chosen by the votes of the readers of a newspaper. In response to his advertisement, about six thousand photographs were sent in, and from these a committee picked about three hundred. These were published in the paper and from them the readers selected five in each of the ten districts into which the country was divided. From this fifty, twelve were to be selected by a committee before which the candidates were to appear. The plaintiff's name was at the head of the five in her particular section. The defendant failed to give her proper notice of the meeting of the committee and she was thus deprived of her chance of winning a prize. The prizes were of considerable value, being appointments to positions for three years at salaries ranging from five to three pounds a week for the period named. The jury gave her one hundred guineas damages, and, on judgment being granted for this sum, the defendant appealed. The upper court dismissed the appeal, holding that she was entitled to recover substantial and not merely nominal damages. (Drake, 1913, p. 392)<sup>6</sup>

- 5 Los abogados en los Estados Unidos suelen pensar en la “pérdida de una oportunidad” como una teoría de la “causalidad probabilística” que solo se aplica a los casos de diagnóstico erróneo de mala praxis médica. La teoría es que, si un médico negligentemente, no diagnostica una enfermedad curable, y el paciente es dañado por la enfermedad, el médico debe ser responsable de causar la “pérdida de una oportunidad” de una cura.
- 6 El acusado, director teatral, accedió a dar cargos de actrices a personas elegidas por los votos de los lectores de un periódico. En respuesta a su anuncio se enviaron alrededor de seis mil fotografías, y de ellas un comité escogió unas trescientas. Estos fueron publicados en el periódico y de ellos los lectores seleccionaron

Resulta clara la importancia que la rama judicial colombiana le ha dado a este tema y también las altas corte del mundo anglosajón porque se ha tratado de forma clara y ha dejado un legado difícil de ignorar. En Colombia, a su vez, el Consejo de Estado planteó nuevas formas de acercamiento no solo teóricas sino también en atención a los asuntos de cuantificación de la indemnización, cuando se pruebe la pérdida de oportunidad.

Mediante Sentencia del 5 de abril de 2017 el Consejo de Estado planteó que para que haya pérdida de oportunidad deben registrarse, los siguientes elementos:

- Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar.
- Certeza de la existencia de una oportunidad.
- Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguío de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

En los tres requisitos mencionados se deja muy en claro que el elemento preponderante es el *alea* y la incertidumbre aunada al hecho de que existía una posibilidad palpable de esa dicha situación beneficiosa o que el perjuicio que se buscaba evitar se diera o se evitara, razón por la cual estaría legitimado por activa quien sufre este perjuicio para accionar en contra de quien o de quienes truncaron su posibilidad.

Debe aclararse que el mecanismo idóneo para la determinación de si la probabilidad estaba en el rango de lo posible o no está en manos de la estadística, ya que se deberá cuantificar en porcentajes mayores a 0 % y menores a 100 % la posibilidad de que ocurriera o se evitara el hecho, ya que al estar en uno de estos dos extremos percentiles estaremos hablando ya sea de un perjuicio inexistente si estuviera en 0 % o de un perjuicio en todo su volumen si estuviera en 100 %.

De acuerdo con este criterio debe establecerse cuál es el porcentaje para cada caso, y así determinar si la ausencia de tratamiento por la falta en la detección temprana influyó de forma tan efectiva que deba tenerse en cuenta como una verdadera oportunidad perdida, es decir, si el porcentaje que se presenta

cinco en cada uno de los diez distritos en los que se dividió el país. De estos cincuenta, doce debían ser seleccionados por una comisión ante la cual los candidatos debían aparecer. El nombre de la demandante estaba a la cabeza de los cinco en su sección particular. La demandada no le dio la debida notificación de la reunión del comité, por lo que se le privó de su oportunidad de ganar un premio. Los premios eran de considerable valor, siendo nombramientos a cargos por tres años a sueldos que iban de cinco a tres libras a la semana durante el periodo nombrado. El jurado le otorgó cien daños por guineas y, en sentencia dictada por esta suma, recurrió el demandado. El tribunal superior desestimó el recurso, sosteniendo que tenía derecho a recuperar daños sustanciales y no meramente nominales.

de haberse producido un tratamiento oportuno a ese recién nacido es lo suficientemente alto para considerarlo un perjuicio o si por el contrario es tan elevado que es un perjuicio en su total magnitud. Recuérdese que la pérdida de oportunidad es tan solo eso, una pérdida de oportunidad. El ente encargado de la detección temprana no es el causante del daño. Esto resulta como una situación anormal, resultante de situaciones congénitas o externas que pueden producir una patología como la hipoacusia.

La pérdida de la oportunidad en el caso de los problemas de detección en recién nacidos emerge como una categoría nueva y potencialmente costosa para el Estado, ya que no en todos los nacidos vivos se aplica una estricta política de detección de enfermedades auditivas, llevando así a una detección tardía y a una pérdida de la ventana de oportunidad que se presenta para el tratamiento y manejo de cada situación en particular. Esto, sin contar con los tratamientos y terapias con los profesionales del habla y la audición puede resultar en una serie de demandas de carácter administrativo porque, probados los perjuicios, podría crearse un precedente aplicable y de imposible elusión del Estado.

No obstante, la aparente desidia del Estado en la disposición de una política en esta materia existen casos aislados en los que de forma local se ha creado una política pública que busca acabar con este delicado problema. Tal es el caso del Acuerdo 507 del 5 de diciembre de 2012 del Concejo de Bogotá, que crea un programa de tamizaje universal neonatal auditivo gratuito para personas pobres, vulnerables y no aseguradas, lo cual resulta loable y agresivo de cara a este problema de salud pública y debe tenerse como un fuerte precedente para todos los concejos, asambleas e inclusive para el legislativo de la importancia del tema y de su urgente e imprescindible aplicación.

Además de este acuerdo del Concejo Distrital de Bogotá, existe la ley 1980 de 2019, en la que se exige un tamizaje neonatal para la detección de Errores innatos del metabolismo conocido como enfermedad de Hunter que, entre otros síntomas, produce sordera debido a cambios en la presión del oído, de ser posible anestesiar al paciente es posible proceder a la colocación de tubos que permiten evitar este problema llamados “Grommets”. dicha ley exige que el tamizaje que detectará esta enfermedad se haga a las 72 horas de nacimiento de la persona.<sup>7</sup>

Existe en Colombia un organismo dedicado al estudio de este tipo de desórdenes<sup>8</sup> para el que, desgraciadamente no existe cura, tan solo tratamiento para sus síntomas que no solo afectan la audición sino también la visión, el cerebro, el

7 La información con respecto a este proyecto se obtuvo de la página <http://www.senado.gov.co/noticiero-del-senado/item/26902-programa-de-tamizaje-neonatal-en-colombia-a-punto-de-ser-ley> el 20 de junio de 2017.

8 <http://www.javeriana.edu.co/ieim/cartillas/hunter.htm#veintitres>

corazón, articulaciones, columna, etc. Lo cual por supuesto es muy atinado y deseable dentro de nuestro sistema de salud y está claro debe efectuarse de acuerdo con lo dispuesto en la ley 982 de 2005, que presenta una obligación estatal de estudio temprano de la capacidad auditiva, aún así ello no resuelve de forma determinante el problema de los problemas auditivos de los recién nacidos ya que su implementación no es global, de acuerdo con Castaño (2002) resulta utópico que se implemente lo que él ha nominado como tamizaje universal auditivo neonatal (tuan), de acuerdo con este se presentan los siguientes obstáculos que impiden su implementación de forma efectiva: Limitantes de tipo económico manifestadas especialmente en falta de recursos (equipos, personal capacitado, servicios para seguimiento y control) y la imposibilidad de desarrollar programas sostenibles.

Lo anterior evidencia la debilidad del sistema de salud colombiano y, más aún, refleja la falta de voluntad política para una efectiva y juiciosa implementación de este tipo de pruebas en recién nacidos. La falta de estos elementos es una carga explosiva que tarde o temprano debe ponerse en evidencia y debe ser mediante órdenes judiciales y sentencias de tipo condenatorio que se llegue a una solución juiciosa y efectiva a este problema.

### **3. MODELOS LEGISLATIVOS ESTATALES DE LOS ESTADOS UNIDOS Y SU VIABILIDAD CON EL SISTEMA COLOMBIANO**

El modelo de salud de los Estados Unidos a pesar de sus estatus de superpotencia tanto en lo económico como en lo político es marcadamente mixto, con una fuerte dominancia del sector privado sobre el público, es decir, la obtención de beneficios de salud está, en un gran porcentaje, manejado por aseguradoras de tipo privado que deja por fuera, sin seguro de ningún tipo, a aproximadamente el 16 % de la población estadounidense, cerca de 50 millones de personas (National Research Council y Committee on Population, 2013).

A pesar de las deficiencias de este sistema, hay modelos estatales, o sea, pertenecientes a cada estado de la unión americana, que ofrecen el modelo de tamizajes neonatales universales sin ninguna dificultad. En ocasiones es obligatorio que las entidades de salud practiquen este examen. Los siguientes son los modelos en los estados más significativos.

#### **California**

El estado de California ofrece una muy importante legislación a propósito de la práctica de estos exámenes. El primer referente es el código de salud y segu-

ridad (Health and Safety Code) que, en su artículo quinto, subsección 123975, establece que en los pabellones de cuidados intensivos neonatales que el estado haya designado para este fin establecerán programas donde se haga el examen auditivo a todos los recién nacidos, con excepción de aquellos cuyos padres o tutores legales se opongan a la prueba sobre la base de que entra en conflicto con sus creencias religiosas.<sup>9</sup>

## Florida

El estado de Florida mantiene una similar política a la de California, pero con un acercamiento mucho más elaborado al respecto, esto es, el legislador estatal define ciertos parámetros para el cabal entendimiento del sentido de la norma<sup>10</sup> como la descripción de qué es un infante o *infant*: es un menor de entre 30 días de nacido y 12 meses; recién nacido o *Newborn* será aquel entre los 0 y los 29 días de nacido. Define, además, qué se considera un impedimento de audición o *Hearing Impairment* que será aquel mayor a los 30 decibeles o más en la frecuencia del reconocimiento del habla en uno o en ambos oídos. La normativa deja claro que todos los establecimientos de salud que ofrezcan servicios materno infantiles deberán hacer un examen para la detección de este tipo de enfermedades previo a la salida de los recién nacidos.

La norma también dispone, como en California, que el padre o tutor legal del recién nacido o infante podrá negarse a la práctica de este examen, situación en la cual el centro médico dejará constancia de ello. También es claro que quienes nazcan en un hospital deben ser examinados y que de no ser nacidos en un establecimiento hospitalario debe informarse a los padres de la importancia de la realización de estos exámenes en un lapso no superior a los tres meses.

Los costos de los exámenes los debe cubrir la aseguradora en salud del paciente y en caso de no contar con los recursos o simplemente no estar asegurados se debe suministrar un listado de instituciones que ofrezcan estos servicios de manera gratuita.

## Nueva York

El estado de Nueva York propone un modelo que no dista mucho de los demás estados, que consiste en un programa de atención a recién nacidos para la detec-

9 El código de Salud y Seguridad de California artículo 5 subsección 123975 fue consultado el día 24 de mayo de 2017

10 La norma en mención son los estatutos de la Florida título 29 capítulo 383 subsección 383.145 consultado el dia 24 de mayo de 2017

ción de enfermedades auditivas a la menor edad posible. Sin mayor explicación indica que el programa estará supeditado a los fondos que se apropiaren para ese propósito y para pagar los costos de los servicios médicos.<sup>11</sup>

## Texas

El estado de Texas plantea un modelo muy interesante ante los problemas de audición en recién nacidos y hace un acercamiento muy pormenorizado de las circunstancias y definiciones especiales que se deben tener en cuenta. De similar manera a la ley del estado de Florida expone las definiciones necesarias para este tipo de situaciones como qué es un infante, un recién nacido, qué es pérdida auditiva, etc.

La norma estatal les exige a los proveedores de salud que practiquen el examen de audición a todos los recién nacidos ingresados a sus instalaciones antes de darles de alta. De igual forma, contempla la posibilidad de que el examen no se practique, en razón a las objeciones de los padres o de que la prueba se efectúe en instalaciones diferentes adonde ingresó el recién nacido.

Del mismo modo se plantea a los padres de los recién nacidos que cuando el resultado de la prueba de audición arroje un resultado negativo se proceda a una reexaminación con una tardanza no mayor a 30 días posteriores a su salida del hospital donde se efectuó el primer examen. También incluye un eximiente de responsabilidad para los profesionales que practiquen los exámenes.<sup>12</sup>

## 3.1 Viabilidad de los sistemas estadounidenses con el modelo colombiano

Vistos algunos de los modelos de los Estados Unidos resulta evidente que la compatibilidad de estos modelos con el modelo de seguridad social en Colombia no se excluye entre sí, es decir, nada obsta para que de la misma manera en que se aplica en aquel país se pueda lograr con un éxito considerable en nuestro país. Ahora bien, es necesario considerar varios factores para un “trasplante” exitoso del modelo estadounidense a nuestro país. Se verá que no por el hecho de que ese modelo prospere dentro de la legislación de cada estado podrá ocurrir de la misma forma si se llegase a adoptar de forma definitiva en Colombia. Deben considerarse, de manera primordial, la voluntad política de quienes tienen el

11 La norma del estado de Nueva York es la ley de salud pública de esa ciudad, sección 2500-g.

12 Código de salud y seguridad del estado de Texas, título 2, subtítulo B, Art 47.

poder de implementar tales medidas, como el congreso de la República, en el orden nacional, las asambleas en las regiones y los concejos, a nivel local. Es posible que teniendo el precedente de lo ocurrido en el Concejo distrital de Bogotá pretendan aplicar un modelo que redunde en beneficio de los habitantes de sus circunscripciones. El primer obstáculo para sortear es el verdadero “querer” de estas corporaciones ya que ellos deben ser los llamados a aprobar tales iniciativas.

La voluntad política (Arnoletto, 2015, p. 96) viene a ser la piedra angular de la aceptación de la implementación de un tamizaje neonatal auditivo de carácter universal. El verdadero trabajo está en convencer de la popularidad en la implementación de este tipo de pruebas a aquellos que tienen la facultad legal y constitucional de crear políticas públicas de carácter permanente como leyes, ordenanzas, acuerdos, decretos, ya que de procederse a destinar recursos y tiempo para este fin no solo se logrará una política muy popular y aceptada por la población, sino que se protegerá ese imperativo constitucional de que el Estado vela por la salud de todos sus asociados, sin importar su edad, sexo o condición social.

La implementación del modelo estadounidense no ofrecería, a primera vista, un obstáculo para el sistema de salud actual, que en teoría sí avala este tipo de exámenes, pero no de forma automática y universal, tan solo los aplica en el caso de que exista un elemento de riesgo que permita a los profesionales inferir que podría presentarse la posibilidad de daños o enfermedades de carácter auditivo, lo cual es aceptable, pero no suficiente, ya que cuando se presente la ocasión para ello, posiblemente habrá pasado un tiempo considerable, el necesario para comprometer el desarrollo normal del menor.

Las EPS en Colombia están obligadas a prestar el servicio de salud a sus afiliados (Calderón, s. f.) de forma integral y digna, prestación de servicio que incluiría el tamizaje neonatal universal a recién nacidos dentro del Plan Obligatorio de Salud (pos)<sup>13</sup> ya que este contempla un ítem de salud para la infancia y más en

13 El POS incluye un conjunto de acciones de prevención de la enfermedad y de recuperación de la salud desde la medicina preventiva básica hasta diversos tratamientos avanzados de alta complejidad, y que entre otros, corresponden a las siguientes áreas de servicios: acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad relacionados, entre otros, con 1) salud de la mujer, 2) salud para la infancia, con control de crecimiento y desarrollo, 3) planificación familiar y 4) vacunación definida en el Plan Ampliado de Inmunizaciones (PAI). Maternidad. Atención integral a las mujeres en embarazo, nacimiento y lactancia y a su bebé. Consulta. Medicina general y especializada, se incluye optometría y psicología. Diagnóstico. Laboratorio clínico, radiología, ecografías, medicina nuclear, resonancia electromagnética y escanografía. Medicamentos incluidos en el listado del Sistema. Apoyo terapéutico. Terapia física, respiratoria, ocupacional y del lenguaje. Hospitalización. Tratamientos quirúrgicos en servicios de baja, mediana y alta complejidades. Odontología. Con excepción de ortodoncia, periodoncia. Tomado de la página <https://www.minsalud.gov.co/lists/faq/pos.aspx> el 30 de mayo de 2017.

el entendido constitucional de que los derechos de los niños son prevalentes en nuestro sistema:

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. **Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.** (Constitución Política de Colombia, art. 44) (Negrilla, Subraya y cursiva fuera de texto)

Así mismo la Ley 1751 de 2015 estatutaria de salud, en su artículo 6° literal f, propone como principio la prevalencia de derechos, como el de la población prenatal hasta los seis años. Esto incluiría una atención de este tipo para los recién nacidos, no como examen resultante de una situación preexistente del recién nacido, sino como examen de rutina y de carácter obligatorio para todos los nacidos vivos sin importar su ubicación geográfica ya que la misma ley establece que la red pública hospitalaria no depende de la rentabilidad económica sino de la rentabilidad social, es decir, que el objetivo no es el dinero sino la protección de los derechos de la personas, y visto lo anterior *a fortiori* los derechos de los niños.

La Ley Estatutaria 1618 de 2013 provee un marco de obligada referencia adicional para soportar la posibilidad de la aplicación de un modelo universal de detección temprana de enfermedades auditivas: en el artículo 7°, numerales 1 y 2, establece que los gobiernos departamentales y municipales están obligados a adoptar un programa de detección precoz de enfermedades en niños, además de establecer políticas de protección para ellos.

Se vislumbra un panorama bastante alejado para una posible aplicación del modelo estadounidense de exámenes auditivos universales a recién nacidos, ya que el mismo sistema colombiano no repele esta posibilidad, es más, el sistema de seguridad social acorde con la tutela del derecho a la vida digna, la salud y la seguridad social encuentra especial asidero para su plena aceptación sin poder siquiera mediar excusas como recursos o infraestructura ya que, como se

vio, ningún pretexto es válido para coartar o interrumpir derechos de talante fundamental (Dworkin, 1984).

Se considera que la no aplicación de este modelo de forma asertiva y rápida repercutirá directamente en la posible responsabilidad del Estado por la falla en la detección temprana de enfermedades auditivas ya que con los supuestos normativos mostrados y la jurisprudencia de la Corte Constitucional con respecto al derecho a la dignidad humana (Sentencia T-291 de 2016), la seguridad social (Sentencia T-690 de 2014), la salud (Sentencia T-121 de 2015) aunado a los tratados sobre protección de los derechos de los niños, aparece una obligación inexcusable para el Estado, que no solo por convicción o por seguimiento de paradigmas morales o por la creencia de que su actuar constituye una concesión para los administrados deberá cumplir, afirmar que se hace por estas razones desdibujaría toda la noción de Estado social de derecho, debe hacerlo porque es su obligación constitucional y legal y el no hacerlo significa para él, ya sea por acción u omisión, la posibilidad de llegar a indemnizar de acuerdo con la cláusula general de responsabilidad.

## CONCLUSIONES

1. La falta de una política encaminada a ofrecer a los recién nacidos un trámite, sin lugar a dudas, una falla atribuible al Estado y que compromete su responsabilidad ya que existe una obligación legal contenida en la ley 982 de 2005 que así lo establece y es claro que al ignorarla o evadirla se causa un daño antijurídico al recién nacido que no se examina y luego se diagnostica con una pérdida auditiva que pudo ser tratada.
2. El Estado colombiano podría verse condenado por este la falla en la detección temprana de enfermedades auditivas, ya que un precedente favorable en este sentido podría poner en serios problemas la sostenibilidad fiscal del Estado mismo, el número de medios de control de reparación directa que podrían resultar de esto son incuantificables ya que no existe una estadística cierta al respecto de cuántos recién nacidos no tamizados son luego diagnosticados con enfermedades auditivas que pudieron ser tratables que aun estén dentro del término de 2 años para incoar su pretensión.
3. Es inexcusable algún argumento fiscal o logístico que busque retraeer al Estado de su obligación de dar atención prioritaria a los recién nacidos, ya que la misma ley estatutaria de la salud establece que no es posible argumentar que no existe el capital suficiente para dicha atención, cuestión que cobra especial fuerza tratándose de los niños cuyo régimen está constitucional-

mente fortalecido y consta de tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

## REFERENCIAS

### Constitucional

Constitución Política de Colombia. [Const]. (1991). Recuperado de <http://www.secretariosenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

### Normativa

Congreso de Colombia. (29 de agosto). Ley 985 de 2005: *por la cual se establecen normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordociegas y se dictan otras disposiciones. DO 45995.*

Congreso de Colombia. (18 de febrero). Ley 23 de 1981: *por la cual se dictan normas en materia de ética médica. DO 35711.*

Congreso de Colombia. (16 de febrero). Ley 1751 de 2015: *por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. DO 49427.*

Congreso de Colombia (27 de febrero). Ley Estatutaria 1618 de 2013: *por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. DO 48717.*

### Doctrina

Arnoletto, E. (2015). Glosario de conceptos políticos usuales. Buenos Aires: Eumednet.

Calderón, d. L. A. T., esp, m., y pública, e. D. S. El sistema general de seguridad social de salud de Colombia, 96, 1-99.

Castaño, R. (2002). Tamizaje universal auditivo neonatal: una utopía para países en desarrollo. *Acta otorrinolaringol. Cir. cabeza cuello*, 30(1), 19-25.

Denia, A., y Lombardero, B. (2009). "Detección, diagnóstico y tratamiento precoz de la sordera en la infancia". En *Actas del Simposio Internacional celebrado en la Fundación Ramón Areces*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid.

Drake, J. H. (1913). The Rule of Certainty in Damage and the Value of a Chance. *Mich. L. Rev.* 10, 392-4.

Dworkin, R. y Guastavino, M. I. (1984). *Los derechos en serio*. (Vol. 8). Barcelona: Ariel.

Fischer, D. A. (2001). Tort recovery for loss of a chance. *Wake Forest L. Rev.*, 36, 605.

Giménez, T. (2006). *Lex Artis y responsabilidad médica-sanitaria: una perspectiva actualizada*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Guechá, C. (2012). La falla en el servicio: Una imputación tradicional de responsabilidad del Estado. *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*. Universidad Militar Nueva Granada, 29, 102.

National Research Council and Committee on Population. (2013). *US health in international perspective: Shorter lives, poorer health*. Washington: National Academies Press.

Pozo, M., Almenar, A., Tapia, M. C., y Moro, M. (2015). *Detección de la hipoacusia en el neonato*. Asociación Española de Pediatría. Recuperado de [https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/3\\_2.pdf](https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/3_2.pdf)

## Jurisprudencia

### Corte Constitucional

Corte Constitucional. (26 de marzo). *Sentencia T-121 de 2015*. [M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional. (2 de junio). *Sentencia T-291 de 2016*. [M. P. Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional. (11 de septiembre). *Sentencia T-690 de 2014*. M. P. Martha Victoria Sáchica.

## Consejo de Estado

Consejo de Estado. Sección Tercera. (5 de marzo de 2015). *Sentencia 50001-23-31-000-2002-00375-01(30102)*. [C. P. Danilo Rojas Betancourth].

Consejo de Estado. Sección Tercera. (13 de junio de 2016). *Sentencia 2005-00630*. [C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera].

Consejo de Estado. Sección Tercera. (24 de marzo de 2011). *Sentencia 2005683-05001-23-26-000-1995-01411-0117993*. [C. P. Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado. Sección Tercera. (11 de mayo de 2006). *Sentencia 68001-23-15-000-1995-00935-01(14400)*. [C. P. Ramiro Saavedra Becerra].

Consejo de Estado. (11 de agosto de 2010). *Sentencia 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593)*. [C. P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado. (30 de enero de 2013). *Sentencia 05001-23-31-000-1997-06020-01(26999)*. [C. P. Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado. (5 de abril de 2017). *Sentencia 170012331000200000645-01* del 05 de abril de 2017. [C. P. Ramiro Pazos Guerrero].

## Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (22 de julio de 2020). *Sentencia 2000-00855*. [M. P. Arturo Solarte Rodríguez].

# Priorización, contextos y patrones de macrocriminalidad: estrategia de investigación en el marco de la justicia transicional en Colombia

## Prioritization, contexts and macrocriminality patterns: investigation' strategy in the framework of the transitional justice in Colombia

Juan Pablo Cardona Chaves\*

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2019

Fecha de aceptación: 3 de agosto de 2020

### RESUMEN

Este artículo busca analizar los tres principales elementos aplicados en el Proceso Especial de Justicia y Paz para la investigación de crímenes de sistema cometidos en el marco del conflicto armado, mediante el uso de una metodología analítica e inductiva. En primer lugar se presentan los componentes estructurales de ese procedimiento y los factores que conllevaron a su reforma. A continuación se examinan las tres herramientas que marcaron su cambio estratégico: la política de priorización, la elaboración de contextos y la identificación de patrones de macrocriminalidad. Finalmente se estudian los resultados de ese nuevo esquema, con la finalidad de ofrecer las buenas prácticas y lecciones aprendidas que puedan extraerse de cara al nuevo proceso en la Jurisdicción Especial para la Paz.

**Palabras clave:** proceso de justicia y paz; estrategia de investigación de crímenes internacionales; política de priorización; contextos; patrones de macrocriminalidad; Jurisdicción Especial para la Paz.

### ABSTRACT

This article seeks to analyze the three main elements applied in the Special Justice and Peace Process to carry out the investigation of system core crimes committed in the framework of the armed conflict, through the use of an analytical and inductive methodology. First, the structural components of this procedure and the factors that led to its reform are presented. Next, the three tools that marked its strategic change are examined: the prioritization policy, the elaboration of contexts

\* Abogado, especializado en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica (Universidad Libre de Colombia); magíster en Derecho (Universidad Nacional de Colombia); y LLM en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (University of Essex, Reino Unido). Exfiscal de la Dirección de Justicia Transicional-Fiscalía General de la Nación. Actualmente, Magistrado Auxiliar del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Correo electrónico: juanpablo.cardona17@gmail.com

and the identification of macrocriminal patterns. Finally, the results of this new scheme are studied, in order to offer good practices and lessons learned that can be extracted in the face of the new process being carried out in the Special Jurisdiction for Peace.

**Keywords:** justice and peace process; strategy to prosecute core crimes; macrocriminality patterns; contexts; prioritization's policy; special jurisdiction for peace.

## INTRODUCCIÓN

El proceso de negociación entre el Gobierno y las antiguas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (Farc-EP) que concluyó con la suscripción del Acuerdo final para terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (2016), creó, en el punto 5, el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN o el Sistema), un nuevo escenario de justicia transicional en Colombia que si bien, *prima facie* cumple con las normas internacionales en la materia (Human Rights Council, 2018), no es el primer ejercicio de ese tipo de justicia en el país y, por tanto, resulta afortunado que su implementación observe las experiencias nacionales que lo anteceden, en aras de procurar un mayor éxito.

Este artículo tiene como objetivos describir y analizar uno de los componentes de la experiencia de justicia transicional en Colombia que precede al SIVJRN y que puede ser insumo para este: la estrategia de investigación en el Proceso Especial de Justicia y Paz (PEJYP o Justicia y Paz) que, a partir de la reforma implementada por medio de la Ley 1592 de 2012, incorporó, formalmente, tres nuevos elementos para la judicialización de crímenes internacionales en contextos de conflicto armado, que se expondrán en las páginas subsiguientes: 1) la política de priorización, 2) la elaboración de contextos y 3) la identificación de patrones de macrocriminalidad.

En desarrollo de tales objetivos este artículo 1) describe los principales aspectos que condujeron a una reforma del PEJYP, 2) explica los tres elementos de la nueva estrategia de investigación concebidos en la reforma legal de 2012 y aborda las críticas y resultados durante su implementación entre 2013 y 2018 y 3) sugiere conclusiones y aportes que pueden ser insumo para el trabajo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) u otra experiencia de justicia transicional.

### 1. PROCESO ESPECIAL DE JUSTICIA Y PAZ Y LA NECESIDAD DE UNA REFORMA

A diferencia de negociaciones anteriores con grupos armados al margen de la ley en Colombia, que se habían concentrado en la concesión de amnistías o indultos sin condiciones, el PEJYP incluyó la investigación, juzgamiento y sanción de las personas desmovilizadas y la satisfacción de los derechos de las víctimas como condición de acceso a los beneficios punitivos. Sin embargo, aspectos relacionados con el enfoque exclusivamente procesal penal de la norma y la estrategia inicial de implementación, entre otros, se tradujeron en escasos resultados que llevaron a una reforma del proceso y a la expedición de leyes adicionales que, de una u otra forma, lo complementaron, al punto que

condujeron a la creación del primer sistema de justicia transicional en Colombia, como se verá a continuación.

## 1.1 Origen y naturaleza del proceso

El PEJYP es producto de la negociación del Gobierno y los principales grupos paramilitares y de autodefensa, realizada entre 2002 y 2006. Los diálogos de paz se desarrollaron en tres mesas debido a la fragmentación de esos grupos: Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)<sup>1</sup>, Bloque Central Bolívar (BCB), y la llamada Alianza Oriente, integrada por las Autodefensas Campesinas de Casanare (ACC) y las Autodefensas de Meta y Vichada (Pardo, 2007).

Las negociaciones se formalizaron el 15 de julio de 2003 mediante la suscripción del Acuerdo de Santa Fe de Ralito para contribuir a la paz de Colombia y el proceso de desmovilización terminó el 15 de agosto de 2006 con la entrega de armas por parte del Frente Norte Medio Salaquí o Frente Chocó (perteneciente al Bloque Elmer Cárdenas [BEC]), arrojando como resultado 31 689 personas desmovilizadas en un total de 38 estructuras. (Organización de los Estados Americanos [OEA], 2007)

La implementación del Acuerdo de Santa Fe de Ralito tuvo como principal componente la expedición de la Ley 975 de 2005, cuyos elementos esenciales pueden resumirse de la siguiente forma: 1) la consagración de un proceso penal especial, 2) la concesión del beneficio de la pena alternativa de prisión entre 5 y 8 años condicionado al cumplimiento ciertas obligaciones y 3) el reconocimiento expreso, por primera vez en una ley en Colombia, de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

El componente jurídico establecido para formalizar el Acuerdo que permitió la desmovilización de los principales grupos paramilitares y de autodefensa en Colombia, se redujo a la consagración de un mecanismo judicial de carácter penal que si bien, en principio, contaba con los pilares básicos de la justicia transicional, como se verá a continuación, resultó insuficiente para lograr sus objetivos, de manera que sería necesaria una reforma interna y la creación de instrumentos paralelos que complementaran su funcionamiento.

1 Abril de 1997 se registra como la época de creación de la principal confederación de grupos paramilitares conocida como Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), al mando unificado de Carlos Castaño Gil y con un propósito nacional antiguerrillero (Duncan, 2006).

## 1.2 Resultados iniciales y los puntos para una reforma

La implementación inicial de la ley de Justicia y Paz evidenció la necesidad de adecuar y ampliar la normatividad sobre el proceso de paz en Colombia en ciertos aspectos (Forer, 2017; Garzón, 2011). Por ejemplo, solo cuatro años después de expedida la ley, se profirió la primera sentencia (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz [TSDJB], 2009), que se ocupó de un solo postulado con un bajo rango dentro del grupo paramilitar, por delitos de poca relevancia en el conflicto armado y, posteriormente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ, 2009), la declaró nula en segunda instancia por lo cual puso de presente varias dificultades relacionadas con la estrategia de investigación, judicialización y satisfacción de los derechos de las víctimas en el PEJYP.

Después de esta fallida decisión, las autoridades judiciales de Justicia y Paz implementaron diversas medidas para agilizar la judicialización de los postulados que tuvieran un mayor grado de responsabilidad en función de su jerarquía y abarcar un mayor de número de víctimas. Sin embargo, esos esfuerzos no fueron consistentes y los resultados hasta 2011, antes de que se tramitara la reforma a la ley, no correspondían con los objetivos del proceso: según las estadísticas de la Dirección de Justicia Transicional (DJT) de la Fiscalía General de la Nación (FGN, 2018): tras seis años de expedición de la LJP y grandes esfuerzos humanos, logísticos y presupuestales del Estado, solo se habían proferido seis sentencias condenatorias en contra de diez desmovilizados de grupos paramilitares (de un universo que llegó a 4401 postulados en el proceso), algunos de ellos mandos medios, pero solo un comandante, Fredy Rendón Herrera (alias *El Alemán*); tan solo 287 hechos objeto de condena (de un número que ascendió a 308 768 reportados) y 2754 víctimas reconocidas en las sentencias (de una cifra que alcanzaría 398 620 registradas en el sistema creado para esa ley) cuya reparación se hallaba en ciernes ante la ausencia de infraestructura y recursos para el efecto.

Algunas conclusiones respecto de los desafíos del PEJYP para ese entonces sugerían: 1) la implementación de criterios de selección y priorización que permitieran concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables de los crímenes más graves (Forer y López, 2011; Seils, 2012), 2) la concentración del proceso de Justicia y Paz en busca de la verdad judicial y la persecución penal y enjuiciamiento de los responsables y 3) la creación de otras instancias no judiciales para la satisfacción de la verdad histórica y la reparación de las víctimas, algunas de ellas identificadas por la jurisprudencia de la CSJ (Cortés, 2017).

## 1.3 El proceso de Justicia y Paz como parte del primer Sistema de Justicia Transicional en Colombia

En este marco se aprobó una serie de iniciativas legislativas que responden o coinciden con el aludido balance sobre Justicia y Paz:

Respecto de la priorización de autores y de delitos se expidió la Ley 1424 de 2010 que creó, dentro del procedimiento penal ordinario, un sistema de beneficios diferenciado sobre la libertad para aquellos desmovilizados de grupos paramilitares que solo hubieran incurrido en delitos de menor gravedad e impacto (artículos 1º y 2º) a cambio de la satisfacción de la verdad, esto es, la suscripción de un Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación. En consecuencia, al proceso previsto en la Ley 975 de 2005 solo comparecerían los desmovilizados postulados cuyos delitos revistieran una gravedad adicional a la simple pertenencia al grupo y, de esa forma, esta novedosa legislación podría ser considerada la primera experiencia de priorización e incluso de selección de autores y de delitos en el contexto de la justicia transicional en Colombia.

En relación con el derecho a la reparación de las víctimas, si bien el Gobierno había hecho un primer intento de complementar el sistema de reparación judicial establecido en Justicia y Paz a través del Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (Decreto 1290 de 2018), el mismo tuvo una corta vigencia en el tiempo y los análisis respecto de su implementación mostraron la necesidad de avanzar en medidas que incluyeran formas de reparación adicionales a la indemnización de las víctimas (Saffon, 2008), de manera que, en 2011, el Congreso de la República expidió la Ley 1448, “[p]or la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno (...)", que señala en su artículo 2º: la “(...) ley regula lo concerniente a ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación de las víctimas de que trata el artículo 3º (...), ofreciendo herramientas para que estas reivindiquen su dignidad y asuman su plena ciudadanía”. Es decir, su componente fundamental se encuentra en punto de la reparación.

En cuanto al *derecho a la verdad*, la creación del Centro Nacional de Memoria Histórica, a través de la ya referida Ley 1424 de 2010, se cuenta como un esfuerzo para su materialización, tomando en consideración su objeto (artículo 147) y algunas de sus funciones: crear el Museo de la Memoria, administrar el Programa de Derechos Humanos y Memoria Histórica y la elaboración de informes (artículo 148).

Finalmente, la misma Ley 975 de 2005 se modificó debido a la ya mencionada insatisfacción respecto de los resultados alcanzados y, especialmente, la

concientización institucional acerca de las dificultades propias de un proceso que debía afrontar un ingente número de hechos denunciados, víctimas registradas y desmovilizados por judicializar, así como la complejidad propia de la investigación de casos relacionados con el conflicto armado. De esta manera, la reforma sería presentada por la FGN ante el Congreso de la República en 2011.

De forma paralela, como insumo para la negociación con las Farc-EP que había iniciado a comienzos de 2012 (Santos, 2014), se profirió también el acto legislativo 01 de ese año, conocido como “marco jurídico para la paz” que no solo constitucionalizó el concepto de justicia transicional sino que otorgó raigambre constitucional a las categorías de selección, priorización y concentración de investigación en los máximos responsables de los crímenes más graves, que aprobaron el respectivo examen de constitucionalidad en la Sentencia C-579 de 2013.

Con este listado de instrumentos se completó el conjunto de normas que, para ese entonces, sería denominado como el sistema de justicia transicional en Colombia<sup>2</sup>, respecto del cual, a continuación, se abordarán los principales pilares de uno de los componentes de mayor relevancia: la nueva estrategia de persecución penal que significaría un hito en la investigación de crímenes de sistema en un escenario de transición.

## **2. NUEVA ESTRATEGIA DE INVESTIGACIÓN: PRIORIZACIÓN, CONTEXTOS Y PATRONES DE MACROCRIMINALIDAD**

Del texto de la Ley 1592 de 2012 se pueden inferir, por lo menos, tres objetivos: 1) agilizar el proceso mediante la fusión y supresión de audiencias, 2) reformar instituciones problemáticas respecto de la vigencia de la ley, el régimen de libertad de los postulados, el régimen de bienes y las causales de terminación del proceso y 3) cambiar la estrategia de investigación por medio de la implementación de las siguientes figuras: priorización de casos, develación de contextos e identificación de patrones de macrocriminalidad (Centro Internacional para la Justicia Transicional [ICTJ], 2018). Las siguientes líneas se ocuparán de estos tres elementos.

2 El concepto sugerido de “sistema de justicia transicional” es igualmente adoptado por la Corte Constitucional de Colombia en los siguientes términos (2015): “La Ley 1592 de 2012 hace parte de un Sistema de Justicia Transicional conformado por varias normas, proferidas en contextos distintos como las leyes 418 de 1997, 975 de 2005, 1424 de 2010 y 1448 de 2011 –Ley de víctimas–, consolidadas en virtud del acto legislativo N.º 01 del 31 de julio de 2012 que instituyó el denominado ‘Marco Jurídico para la Paz’ en nuestro ordenamiento, como parte integral de la Carta Política”.

## 2.1 Política de priorización de autores y de delitos

Si bien la priorización de casos en el PEJYP había sido una idea que intentó implementarse en la FGN (memorandos 008 de 2006 y 031 de 2008), no logró materializarse sino hasta la expedición de la Ley 1592, el Acto Legislativo 01 y la Directiva N.º 01 de la FGN, todos de 2012. El mandato legal específico para Justicia y Paz tiene su fuente en el artículo 1º de la reforma a esa ley (ámbito de la ley, interpretación y aplicación normativa), entre otros apartes que aluden a esta política, como los artículos 3 (enfoque diferencial); 10 (esclarecimiento de la verdad); 13 (criterios de priorización de casos); 14 (versión libre y confesión) y 18 (formulación de imputación).

A esta fuente, que de manera directa vincula al PEJYP y las instituciones involucradas en él, se sumó el Acto Legislativo 01 de 2012, reforma constitucional que si bien no alude de manera expresa a ese proceso, como se indicó, forma parte del sistema de justicia transicional en Colombia y, de hecho, elevó esta idea a rango constitucional, de manera que la FGN desarrolló sus disposiciones en cuanto a la estrategia de priorización.

Si bien las aludidas reformas legal y constitucional establecieron la posibilidad de que la Fiscalía aplicara criterios de priorización en la investigación de casos, no desarrollaron esos conceptos, de manera que, sería la Directiva N.º 01 de 2012 (modificada posteriormente por la Directiva N.º 02 de 9 de diciembre de 2015) la que, por primera vez en el país, definiera a nivel normativo la idea de priorizar, como una técnica de gestión de la investigación penal “(...) que permite establecer un orden de atención entre reclamos ciudadanos de justicia equivalentes con el fin de garantizar, en la mayor medida posible, el goce del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (...)” (p. 3).

Esta directiva establece tres criterios de priorización de casos: 1) subjetivo: se refiere a la condición diferencial tanto de la víctima como del victimario. La primera hace referencia a situaciones de vulnerabilidad como la edad, el sexo, la pertenencia a comunidades indígenas, afrocolombianas, palenquearas o raizales, entre otras. El segundo, por su parte, alude a calidades como máximo responsable, financiador o ejecutor material de un crimen, 2) objetivo: se ocupa del tipo de crimen consumado, su gravedad y representatividad, por ejemplo, cuando se trata de conductas que representan crímenes internacionales o la modalidad de comisión del delito y 3) complementarios: pueden ser de diverso orden, entre otros: viabilidad del caso y riqueza probatoria, examen del caso por un órgano internacional o la riqueza didáctica del asunto para solucionar problemas jurídicos sustanciales o procesales, entre otros.

Pese a que la estrategia de priorización ha sido empleada en otros procesos en el mundo donde el fenómeno de la macrocriminalidad<sup>3</sup> impide abordar la investigación con base en un criterio maximalista, ha sido controvertida al punto que la Corte Constitucional (2015) conoció de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos de la Ley 1592 de 2012 que se refieren al tema, por razones como que, según los demandantes, vulneraban los derechos de las víctimas, especialmente, el derecho a la verdad. No obstante, la Corte fue enfática cuando afirmó que: “La priorización no vulnera el derecho de las víctimas a la investigación de las violaciones a los derechos humanos de una manera seria, imparcial y en un plazo razonable” (núm. 8.1.1.1.), y de esta forma respaldó, desde entonces y en futuras decisiones (2018), la política de priorización en un sentido semejante al brindado por la Fiscalía y la literatura sobre el tema, relacionando la idea con la elaboración de contextos y la identificación de patrones de comportamiento.

La política de priorización de la Directiva N.º 01 de 2012 se fundamentó en un estudio sobre su compatibilidad con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), de cuyo análisis es posible inferir que la priorización de casos no es contraria a este sistema legal. Por un lado, el estudio de decisiones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) evidencia un estándar fuerte en materia de investigación, juzgamiento y sanción si se trata de graves vulneraciones a los derechos humanos (DD. HH.) cuando ha habido inactividad del Estado o fallas que favorecen la impunidad en el procedimiento penal aplicado, lo que se manifiesta, por ejemplo, en la regla que prohíbe las autoamnistías ante ese tipo de transgresiones. Pero ya que la política de priorización de casos no representa una violación de alguno de estos estándares establecidos por el SIDH, es posible afirmar que su implementación no atenta contra él.

La aplicación de los criterios de priorización en la DJT (en ese entonces, Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz), inició con el diseño y ejecución del Plan de Acción 2013-2014 (FGN, 2013a), así:

En función del *criterio subjetivo* de priorización según el postulado, se dio prelación a las investigaciones de trece excomandantes y miembros representantes de las estructuras paramilitares desmovilizadas y a tres desmovilizados individuales de grupos guerrilleros<sup>4</sup>; igualmente, en función del mismo criterio, pero, por calidad de la víctima, se priorizaron casos relacionados con los grupos o personas más afectadas por el conflicto armado o en especial condición de

3 Por macrocriminalidad se entiende: “(...) el conjunto de comportamientos conforme a un sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva y/o macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional” (Ambos, 2005, pp. 45-46). Acerca de la manera como la jurisprudencia nacional ha adoptado la idea de macrocriminalidad, véase: Cortés (2017, pp. 99-104).

4 Se trataba de los exmiembros de las Farc-EP Elda Neyis Mosquera (alias Karina) y Ely Mejía Mendoza (alias Martín Sombra) y del comandante del Ejército Revolucionario Guevarista (ERG), Olimpo Sánchez.

vulnerabilidad, a saber: niños, niñas y adolescentes, mujeres, líderes sociales, sindicales o comunitarios, miembros de comunidades indígenas, entre otros.

Por su parte, en aplicación del *criterio objetivo* de priorización, esto es, la entidad del delito dada su gravedad, alta representatividad social o el carácter de crimen internacional, se priorizaron, inicialmente, cuatro tipos de conductas delictivas para la respectiva documentación: desplazamiento forzado, desaparición forzada, reclutamiento de niños, niñas y adolescentes y violencia basada en género (FGN, 2013a). Posteriormente, se adicionaron las conductas de homicidio, tortura y las formas ilegales de financiación de los grupos armados.

Finalmente, con base en *criterios complementarios* se dio prioridad a ciertos casos considerados emblemáticos, cuya elección correspondió a la autonomía de cada uno de los despachos que conformaba la DJT, de acuerdo con factores como la riqueza documental y factual del caso para representar un patrón de macrocriminalidad, o que la calidad de las víctimas implicara un impacto social superior (FGN, 2013a).

En este punto es necesario mencionar que entre 2012 y 2016, la FGN gestionó la aplicación de los criterios de priorización establecidos en la Directiva N.º 01 de 2012 en la justicia ordinaria. Para el efecto, se creó la Dirección Nacional de Análisis y Contextos (DINAC), se realizaron jornadas de formación que quedaron documentadas en textos internos (FGN, 2013b), y se expedieron directrices como el memorando 003 de 24 de febrero de 2015 de esa Dirección (FGN, 2015a) y la *Caja de Herramientas: Guía práctica para la priorización de la Dirección Nacional de Políticas Públicas y Planeación* (2015b). Sin embargo, esos insumos no tuvieron mayor impacto en la justicia permanente, de manera que el PEJYP permitió el mayor desarrollo y exposición de la política.

Igualmente, es posible concluir que la experiencia colombiana en el tema constituye una de las primeras en el mundo que se anticipó, incluso, a la expedición de las reglas sobre selección y priorización en la Corte Penal Internacional (CPI), emitidas hasta 2016.

## 2.2 Elaboración de contextos

Con antelación a la formalización de la idea de contexto en la ley 1592 de 2012, el uso de este instrumento de investigación ya tenía un antecedente en la DJT que venía impartiendo directrices para ajustar la documentación de los casos a la complejidad del conflicto armado o, en términos generales, al fenómeno de la macrocriminalidad, en el camino hacia comprender la necesidad de reformular la estrategia tradicional dirigida al esclarecimiento del caso a caso (FGN y Agencia alemana de Cooperación Internacional [GIZ], 2011).

En este marco, la DJT dispuso desde 2006 la elaboración de *dossiers* de cada una de las estructuras desmovilizadas, como parte del programa metodológico de la investigación, con el siguiente contenido (FGN y GIZ, 2011): 1) identificación del bloque o frente (nombre, emblema, distintivos, etc.), 2) génesis, 3) georreferenciación o área de influencia, 4) estructura e integrantes, 5) fuentes de financiación, 6) bienes entregados por el grupo, 7) actividades principales, 8) armamento, 9) hechos atribuibles al grupo y 10) víctimas.

A partir de la expedición de la Ley 1592 de 2012 la elaboración de contextos y la estrategia de priorización (artículo 15) contó con un mandato legal específico para el PEJYP; sin embargo, tampoco se estableció una definición en esa norma, de manera que su conceptualización se consagraría, en primer lugar, en la Directiva N.º 01 de 2012 de la FGN y, posteriormente, en el Decreto 3011 de 2013, así:

Tabla 1. Definición de contexto

Directiva N.º 01 de 2012	Decreto 3011 de 2013
<p><b>Contexto.</b> Marco de referencia contentivo de aspectos esenciales acerca de elementos de los órdenes geográfico, político, histórico, económico y social, en los que los grupos criminales han perpetrado delitos (...). Debe igualmente comprender una estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas regionales, aspectos logísticos esenciales, redes de comunicaciones y mantenimiento de redes de apoyo, entre otros (...).</p>	<p><b>Art. 15. Contexto.</b> Para la aplicación del procedimiento especial de justicia y paz es el marco de referencia para la investigación y juzgamiento de los delitos perpetrados en el marco del conflicto armado interno, en el cual se deben tener en cuenta aspectos geográficos, políticos, económicos, históricos, sociales y culturales. Como parte del contexto se identificará el aparato criminal vinculado con el grupo armado organizado al margen de la ley y sus redes de apoyo y financiación.</p>

Fuente: elaboración propia.

Tales definiciones se asemejan entre sí y evidencian un mismo objetivo: imprimir una nueva dinámica de investigación a los procesos relacionados con el fenómeno de la macrocriminalidad y, en el caso del decreto reglamentario, al PEJYP, que materializó la FGN con la inclusión de los *dossier* en los programas metodológicos de investigación de las diferentes estructuras paramilitares y guerrilleras en la DJT, es decir, que fueron incorporados en el proceso por medio de informes de policía judicial, pese a lo cual, su valor de prueba fue objeto de debates y controversias, principalmente, de ciertos sectores de la doctrina (Barbosa y Bernal, 2015).

En el marco de la justicia ordinaria, el Fiscal General de la Nación presentó en 2015 un proyecto de ley ante el Congreso de la República que tenía como finalidad reformar el Código de Procedimiento Penal e introducir el contexto como prueba o medio de conocimiento en el proceso penal (proyecto de Ley 224 de 2015, Cámara de Representantes); sin embargo, la iniciativa fue archivada y la idea del contexto no logró consolidarse en ese tipo de procedimientos.

Por su parte, en el PEJYP, la CSJ (2015a) se pronunció sobre el contenido y alcance del contexto en la sentencia de segunda instancia en el caso del postulado Salvatore Mancuso y definió el carácter y objetivos de la figura, precisando que: “(...) corresponde a una herramienta que facilita el derecho a la verdad” y, aunque no es prueba en sí mismo, funge como instrumento útil e, incluso, necesario en el proceso de investigación y esclarecimiento de hechos, al menos, tratándose de fenómenos macrocriminales como a los que se enfrentan los escenarios de justicia transicional.

Igualmente, la jurisprudencia de la CSJ (2014) dejó claro que el contexto, como parte de la verdad judicial, puede ser construido por la FGN y la magistratura, por lo cual esta se encuentra facultada para decretar pruebas de oficio, aunque destinadas a aclarar o complementar la información aportada por el ente acusador, de manera que se logró armonizar el rol de las dos autoridades en el ejercicio de elaboración del contexto.

### 2.3. Identificación de patrones de macrocriminalidad

Al igual que la política de priorización y la elaboración de contextos, la identificación de patrones de macrocriminalidad, como tercer componente de la nueva estrategia de investigación en el PEJYP tuvo como mandato legal la ley 1592 de 2012 (artículo 15) y, pese a que ciertas decisiones judiciales en el marco de ese proceso (por lo menos cuatro) ya habían aludido someramente al concepto (Cortés, 2017), la primera fuente para comprenderlo fue la Directiva N.º 01 de 2012 de la FGN que lo definió como:

[...] conjunto de actividades, medios logísticos, de comunicación y *modus operandi* delictivo, desarrollados en un área y periodo de tiempo determinados, de los cuales se pueden extraer conclusiones respecto a los diversos niveles de mando y control de la organización criminal. (p. 3)

El concepto de patrón adoptado por la Directiva N.º 01 de 2012 se basó en las alusiones genéricas que se encuentran en decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y principalmente de la Corte IDH, que también retomó la entonces Unidad de Justicia y Paz de la FGN, encargada de desarrollar y aplicar los conceptos apenas esbozados en la reforma legal, que profirió el

memorando 033 del 21 de agosto de 2013, mediante el cual adoptó un marco conceptual que soporta la metodología de identificación de patrones basada en cuatro conceptos adicionales: 1) macrocriminalidad, situación que justifica su uso; y los elementos de la figura, a saber, 2) prácticas, 3) *modus operandi* y 4) políticas. Estas últimas se entienden como los planes o motivaciones del grupo armado, expresas o tácitas.

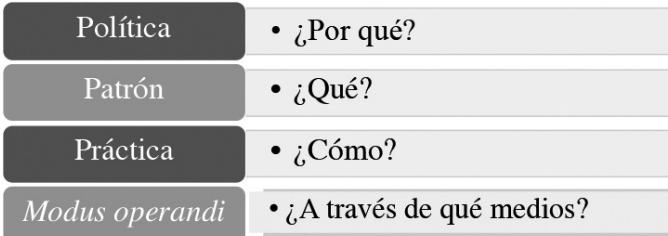
El memorando 033 cita casos del SIDH para justificar la necesidad del uso de patrones en contextos de graves violaciones a los DD. HH. (como en La Rochela y Cepeda Vargas vs. Colombia) y, aunque pone de presente que ese tribunal no ha definido de manera expresa el concepto de “patrón”, en su jurisprudencia sí ha establecido algunos elementos que lo conforman y constituyen insumo para su definición, como afirmar que la práctica sistemática es un elemento que conforma el patrón (Hinestrosa, 2018).

Con base en esas fuentes y en la doctrina a la que alude, el memorando en comento concluyó que un patrón de macrocriminalidad está compuesto por prácticas y *modus operandi*, en los que las primeras constituyen comportamientos o conductas numerosas, repetidas en el tiempo y uniformes o con un nexo entre sí 1) constituidos por tres elementos: generalizado, retirado y sistemático y a su vez 2) son constitutivas del patrón. En otros términos: “(...) se puede entender por práctica la sumatoria de *modus operandi* conectados entre sí a través de un nexo causal fáctico” (p. 15).

En cuanto a la noción *modus operandi*, la hoy DJT se basó también en las alusiones que ha hecho la Corte IDH al término, en casos como Goiburú vs. Paraguay, La Cantuta vs. Perú y Velásquez Rodríguez vs. Honduras, para sustentar que este constituye un elemento integrante de la práctica que explica la forma o medio concreto a través del cual se consumó (FGN, 2013c).

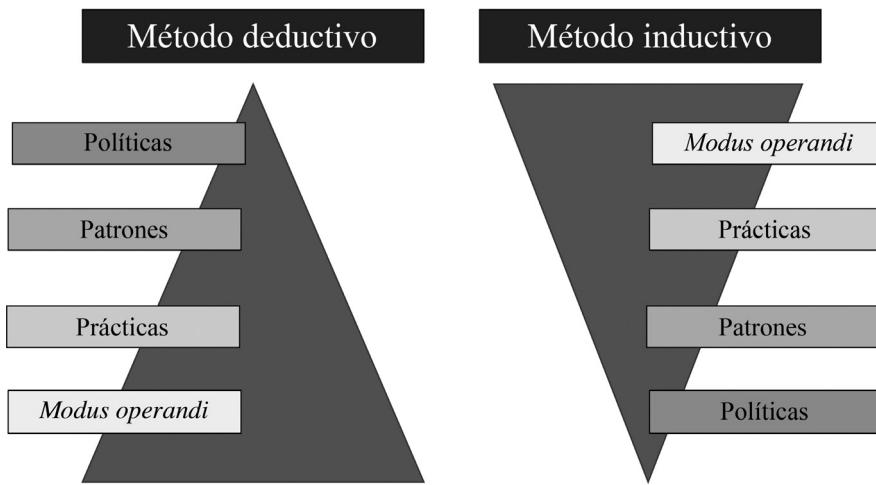
Lo anterior teniendo presente que, si bien el avance del tiempo y las discusiones ha permitido depurar conceptos, al punto que, por ejemplo, el Decreto 3011 del 26 de diciembre de 2013 estableció ciertos elementos para definir los patrones y luego, en 2015, la Corte Constitucional en la Sentencia C-694 que decidió sobre la constitucionalidad de las reformas introducidas en la Ley 1592 de 2012, ofreció criterios relacionados con la identificación del patrón de macrocriminalidad, para la época en la que se aplicaron por primera vez los elementos de dicha ley en la FGN, no existían tales fuentes.

Los conceptos incluidos en el memorando 033 de 2013 podrían responder a las siguientes preguntas en relación con el actuar de los actores armados, según sea el caso:



**Figura 1.** Preguntas que responden a los conceptos de la nueva estrategia de investigación  
**Fuente:** elaboración propia.

Ahora bien, la aplicación de esos conceptos en los casos concretos se hace de acuerdo con la información de la que disponga la investigación, mediante la aplicación de: 1) un *método deductivo*<sup>5</sup> cuando se parte de una política ya develada del grupo de la que es posible inferir la existencia de patrones, prácticas y *modus operandi* o 2) un *método inductivo*<sup>6</sup> cuando no existe una política expresa o develada pero los hechos llevan a concluir su existencia. La figura 2 ilustra la utilización de estos métodos:



**Figura 2.** Métodos para la identificación de los patrones de macrocriminalidad

**Fuente:** elaboración propia.

5 “El método deductivo comienza con un sistema teórico, desarrolla definiciones operacionales de las proposiciones y conceptos de la teoría y las aplica empíricamente en algún conjunto de datos. A través de los datos se ratifica la teoría” (Goetz y Le Compte, 1988, p. 30).

6 “Conforme el método inductivo, la investigación empieza con la recolección de datos mediante la observación empírica o las mediciones de alguna clase, y a continuación se construye, a partir de relaciones descubiertas, sus características y proposiciones teóricas” (Goetz y Le Compte, 1988, p. 30).

La aplicación de esta metodología de identificación de patrones de macrocriminalidad (FGN, 2013c) se exemplificará con uno de los casos priorizados en el Plan de Acción 2013-2014 de la entonces Unidad de Justicia y Paz de la FGN que utilizó el criterio deductivo: el de Freddy Rendón Herrera, alias *El Alemán*, excomandante del BEC de las AUC, y una de las conductas priorizadas mediante la aplicación del criterio objetivo, la desaparición forzada (FGN, 2013d):

1. *Recolección de información y elaboración del contexto:* con base en la información con la cual contaba el respectivo despacho fiscal acerca del BEC, fruto de las actividades investigativas propias de su actividad en el ejercicio de la acción penal, entre ellas, las versiones libres de los postulados, las entrevistas a las víctimas y los actos de policía judicial (como búsquedas selectivas en bases de datos, inspecciones a procesos y lugares de los hechos) se elaboró el correspondiente contexto que contó con las referidos aspectos aplicados al grupo, a saber: identificación, génesis, georreferenciación, estructura, fuentes de financiación, bienes y armamento, entre otros.
2. *Definición del método:* en razón a ya que la información recolectada se consideraba suficiente para establecer una hipótesis acerca de la conducta de desaparición forzada, en este caso se aplicó el método deductivo para continuar con el análisis del caso y develar los elementos de la estrategia.
3. *Identificación de una política:* los datos reunidos permitieron la identificación de la política del grupo con base en los Estatutos de Constitución y Régimen Disciplinario de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá que, según la investigación de la FGN, los adoptó el BEC (FGN, 2013d, p. 457), de manera que esta se concibió como explicación de las conductas de desaparición forzada, y se asoció con: “(...) el control social, territorial y económico que ejercieron en las zonas de su injerencia, seguido del señalamiento de las personas de tener relación con el grupo enemigo” (FGN, 2013d, p. 474).
4. *Análisis y cruce de información:* el siguiente paso fue el cruce y análisis de la información, a partir del diseño y diligenciamiento de una matriz de hechos de desaparición forzada que arrojó conclusiones como la siguiente:

[c]on base en el número total de casos (...) en el despacho (610), la desaparición forzada tuvo más afectación en el departamento del Chocó que presenta un total de 411 casos reportados (66 %), seguido del departamento de Antioquia con 183 casos (30 %), Córdoba con 10 casos, Cundinamarca con 3 casos, Boyacá con 3 casos. (FGN, 2013d, p. 462)

5. *Develación del patrón de macrocriminalidad:* a continuación, el despacho seleccionó como muestra representativa 87 casos que correspondían al 14 %

del universo de hechos reportados (610), con base en los cuales argumentó la existencia de un patrón de conducta de desaparición forzada utilizada por la organización (FGN, 2013d), es decir, que no se trataba de hechos aislados sino de una conducta conformada por prácticas y *modus operandi* que, en este caso, coincidió con el *nomen iuris* de la conducta en el Código Penal<sup>7</sup>.

6. *Identificación de las prácticas:* develado el patrón de macrocriminalidad, el análisis descendió hacia el hallazgo de las prácticas con el que se consumó, es decir, la respuesta a la pregunta sobre el *cómo* se ejecutó. Al respecto, el cruce de las variables de la Fiscalía arrojó las siguientes conductas reiteradas, generalizadas y sistemáticas para consumar la desaparición de personas: “[l] a inmersión en río con un valor porcentual de 26 %, seguido de desmembramiento e inhumación en fosa clandestina con un total de 7 %, la inhumación en fosa clandestina con un 11 % y sin información de su paradero el 52 %” (FGN, 2013d, p. 474).
7. *Modus operandi:* finalmente, los medios o métodos a través de los cuales se ejecutaron esas prácticas, igualmente componentes del patrón de desaparición forzada de personas en el caso del BEC, fueron : 1) la fuerza con un 75 %, 2) la amenaza y la intimidación con 12 % y 3) el engaño con un 13 % (FGN, 2013d).

Con base en este método y sus respectivos hallazgos, el caso del BEC fue llevado hasta la sentencia condenatoria de su excomandante y 27 postulados más (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Justicia y Paz [TSDJM], 2018a), a penas de entre 26 y 40 años de prisión que fueron sustituidas por una pena alternativa de entre 7 y 8 años de prisión a cada postulado. Así mismo, se abordaron los cargos presentados por la FGN correspondientes a 1709 hechos y 6256 delitos que afectaron a 6069 víctimas directas y develaron cinco patrones de macrocriminalidad.

Si bien este ejemplo demostró, en cierta medida, el método con el que la FGN propuso una innovadora estrategia de investigación y acusación aceptado por ciertas decisiones de las Salas de Justicia y Paz, este ha sido objeto de un amplio análisis y crítica en instancias judiciales y académicas que ha resultado en la formulación de nuevas propuestas que se oponen a la aquí presentada y que también han sido plasmadas en decisiones judiciales del PEJYP y forman parte de él, como se verá a continuación. A la par de esta propuesta, la FGN avanzó en la identificación de *patrones de macrovictimización* en las estructuras priorizadas,

7 *Contrario sensu* la priorización de delitos como el acceso carnal violento en persona protegida (artículo 138 del Código Penal) o actos sexuales violentos en persona protegida (artículo 139 del Código Penal), implicó la identificación de un patrón de violencia basada en género, denominación que no coincide con tipo penal alguno.

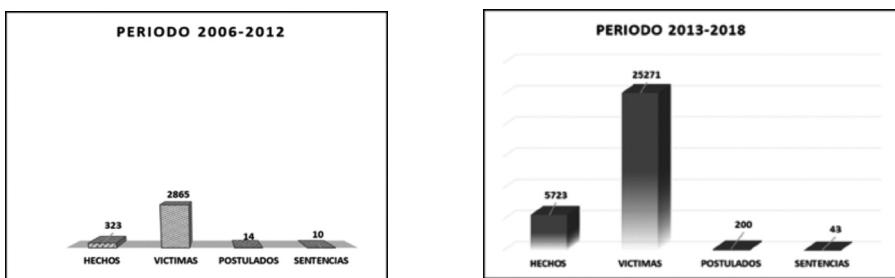
pero, el término para las imputaciones y la ausencia de experticia y de referentes previos en el campo no permitió la aplicación plena del concepto en los procesos.

### 3. ANÁLISIS DE LA NUEVA ESTRATEGIA DE INVESTIGACIÓN: RESULTADOS, CONTRAPROPUESTAS Y APORTES PARA LA JEP

A continuación se presentarán 1) algunos resultados cuantitativos de la nueva estrategia de investigación, 2) las principales críticas y propuestas generadas por la magistratura y la academia y 3) una síntesis de esas discusiones traducidas en aportes para el SIVJRRR, en particular, para la JEP.

#### 3.1. Balance cuantitativo: resultados de la nueva estrategia de investigación

Si bien la Ley 975 de 2005 se expidió el 25 de julio de 2005, el diseño e implementación para poner en marcha su funcionamiento, incluso en términos logísticos o de infraestructura, no fue inmediato, y solo se podría contar a partir de 2006. Así, para medir sus resultados cuantitativos, se aplicarán los siguientes criterios: 1) medición de cuatro de los ítems principales relacionados con la satisfacción de los objetivos del proceso, a saber, *sentencias proferidas, víctimas registradas, hechos reconocidos y postulados condenados* y 2) dos períodos equitativos de comparación divididos entre la promulgación de la Ley 1592 de 2012, reforma al PEJYP; el primero, de 2006 a 2012 durante el cual rige la ley inicial; y, el segundo, desde 2013, cuando tuvo inicio la aplicación concreta de la enmienda legal, hasta mitad de 2018, lapso en que se habrían proferido las principales decisiones judiciales en la nueva etapa del proceso:



**Figura 3.** Comparación de resultados PEJYP: 2006-2012 y 2013-2018

Fuente: elaboración propia.

Tras la implementación de la nueva estrategia de investigación, los resultados cuantitativos evidencian con claridad su éxito en relación con factores que, usualmente, miden la eficacia de la justicia y, aunque no dejan de ser controvertidos, muestran una gran evolución del PEJYP y una mejor aproximación al logro de algunos de sus objetivos y cifras sin precedentes en la historia de la judicialización de delitos en el marco del conflicto armado en Colombia.

Los resultados, en términos porcentuales de crecimiento de un periodo al otro, son reveladores en cuanto al gran impacto de la nueva estrategia de investigación, como se muestra en la tabla 2, basada en la figura 3:

**Tabla 2. Análisis de datos respecto de los resultados comparados del PEJYP entre los períodos 2006-2012 y 2013-2018**

Análisis de los datos consignados en sentencias				
Concepto	Periodo 1	Periodo 2	Variación en cifras	Variación porcentual
Hechos	323	5723	5400	1771 %
Víctimas	2865	25 271	22 406	882 %
Postulados	14	200	186	1428 %
Sentencias	10	43	33	430 %

**Fuente:** elaboración propia.

Paralelamente, el PEJYP también ha conseguido resultados cualitativos, cuyo abordaje en detalle escapa al objeto del presente estudio, pero de los cuales se pueden presentar como ejemplos significativos: 1) el impacto sobre la justicia ordinaria a diferentes niveles como la apertura de investigaciones y la consequente demostración de los vínculos de los paramilitares con la clase política o su ejercicio directo de cargos de elección popular, es decir, la llamada “parapolítica” (Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo [Cajar] *et al.*, 2014) y, aunque con menos resultados, 2) la develación del rol de algunos empresarios y otros terceros en el apoyo a esos grupos (Michałowski *et al.*, 2018 y Centro Internacional de Toledo para la Paz [CITPAZ], 2018), 3) la depuración y el empoderamiento sobre conceptos, otrora inexplorados en la justicia permanente, sobre ciertas formas de participación criminal como la autoría mediata, los crímenes internacionales y su imputación en Colombia o los derechos de las víctimas, 4) Justicia y Paz logró un nivel de esclarecimiento de los hechos judicializados que no había sido alcanzado antes en el país y que, en términos de verdad judicial, podría considerarse aceptable o de calidad media (CITPAZ, 2018), acompañado de 5) hitos jurisprudenciales como decisiones que se ocuparon por primera vez en el país de fenómenos como el reclutamiento ilícito de niños, niñas y adolescentes

o que contaron con un enfoque diferencial sobre violencia basada en género (Forer, 2017).

### **3.2 Críticas, aportes e implementación del modelo Gutiérrez-Wood**

La propuesta de la FGN ha tenido diversas reacciones en el ámbito judicial, que pueden clasificarse en tres tipos de decisiones: 1) las que se apartaron del modelo de la FGN, aunque sin una contrapropuesta estructurada o concreta, 2) las que respaldaron la estrategia y 3) las providencias críticas con el modelo que implementaron uno alternativo. A continuación, se explican esos tres escenarios, con base en las primeras sentencias proferidas en aplicación de la Ley 1592 de 2012. Para el efecto se tomará un caso como ejemplo de cada posición, presentando la respectiva síntesis de los argumentos de la primera instancia, las razones de la segunda, si la hubo, y una conclusión.

#### ***3.2.1 Decisiones que se apartaron del modelo de la fgn sin una contrapropuesta concreta: sentencia condenatoria en contra de Luis Eduardo Cifuentes, alias El Águila***

*Decisión de primera instancia.* La primera sentencia proferida en aplicación de los conceptos establecidos en la Ley 1592 de 2012, y representativa del primer grupo de decisiones indicado, se dio en el caso de Luis Eduardo Cifuentes, alias *El Águila*, excomandante de las Autodefensas Bloque Cundinamarca (ABC) y cuatro postulados más (TSDJB, 2014a). En ese fallo del primero de septiembre de 2014 la Sala de Justicia y Paz del Tribunal de Bogotá resume la forma como la FGN presentó cinco patrones de macrocriminalidad: desaparición forzada, desplazamiento forzado, reclutamiento ilícito, violencia basada en género y homicidio, y realiza un análisis al respecto por medio de: 1) una síntesis propia de los estándares y lineamientos internacionales sobre el tema, 2) una exposición del concepto teórico de patrón en economía, ciencia política y sociología, con base en lo cual recomienda “(...) el uso de enfoques interdisciplinarios para complementar la jurisprudencia nacional e internacional en materia de juzgamiento de crímenes de sistema” (párr. 950), y tener en cuenta ciertos elementos para analizar la existencia de un “patrón de comportamiento” (párr. 950) y 3) una ilustración de posiciones teóricas y metodológicas para situar la literatura académica sobre patrones en relación con el conflicto armado.

Así, la sentencia concluye el punto sobre los patrones e indica que “toma una postura crítica al respecto (...) y estima que por adolecer de adecuadas reglas

técnicas para su construcción y debido a deficiencias sobre todo metodológicas del fiscal delegado, no puede aceptarlos” (párr. 998).

Los argumentos de la Sala fueron los siguientes: 1) no se utilizó el concepto de patrón de macrocriminalidad establecido por los lineamientos elaborados en la FGN, en su lugar, la Fiscalía delegada para el caso, lo limitó a tipos penales, 2) no existieron criterios metodológicos claros para identificar elementos como el universo de víctimas, las unidades de análisis, las muestras, entre otros; *contrario sensu*, el ente acusador agrupó delitos y hechos pero no analizó los elementos que constituyen el patrón criminal, 3) no hubo un enfoque multidisciplinario, 4) las fuentes de información no se verificaron ni contrastaron, por el contrario, se partió de la versión de los postulados para determinar los móviles de los hechos, 5) se presentaron errores en la conceptualización de variables de manera que se agrupó en una misma motivación el control social y el control territorial, pese a que se trata de categorías diferentes, 6) no se satisficieron todos los requisitos establecidos en el Decreto 3011 de 2013 para la identificación de los patrones macrocriminales, por ejemplo, no se especificó el perfil de las víctimas, 7) no se precisó el tipo de muestra y los criterios para escoger los hechos priorizados y 8) se realizó una caracterización simplificada de los patrones de violencia, atribuyendo esa categoría a los hechos, como la desaparición forzada o el reclutamiento ilícito, con lo cual desconoció el concurso entre delitos, por ejemplo, la concurrencia del homicidio con la tortura y el secuestro.

La Sala resolvió en el numeral cuarto de la sentencia: “(...) **NO ACEPTAR** la caracterización de patrones macrocriminales expuestos por la Fiscalía (...)”; sin embargo, tampoco elaboró una propuesta específica sino que su análisis se detuvo en las críticas al modelo y a la forma como lo presentó el fiscal delegado y a la formulación de recomendaciones teóricas, de manera que, en el caso en concreto no fue posible aplicar los conceptos establecidos en la Ley 1592 de 2012 que quedaron reseñados en el fallo pero que no se reflejaron en su parte resolutiva.

En sentido similar a lo analizado y resuelto en este caso están las sentencias de los casos priorizados de Arnubio Triana Mahecha, alias *Botalón*, excomandante de las Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá (ACPB) y 26 postulados más (TSDB, 2014b) y de Olimpo de Jesús Sánchez, alias *Cristóbal*, excomandante del denominado Ejército Revolucionario Guevarista (ERG), grupo subversivo disidencia del Ejército de Liberación Nacional (ELN) y única estructura guerrillera que se desmovilizó colectivamente en el marco del proceso de Justicia y Paz, y otros 19 postulados (TSJM, 2015).

No obstante, en esta última decisión, tras ser analizada la propuesta de la FGN, el Tribunal de Medellín (Antioquia), pese a que rechazó algunos de los patrones

propuestos por el fiscal delegado, aceptó dos: “Incorporación de menores a las filas para el fortalecimiento del grupo y que tiene que ver con el reclutamiento ilícito de menores’ y ‘violencia basada en género” (p. 638).

*Argumentos de la segunda instancia.* Pese a los reproches de los TSDJB y TSDJM, expuestos con mayor énfasis en las sentencias de las ABC y de las ACPB, la CSJ, en sede de segunda instancia, respaldó en términos generales la estrategia de la FGN: en el proceso de las ACPB, primera sentencia que conoció esta Corte sobre el tema, razón por la cual se cita (CSJ, 2015b), uno de los puntos de apelación de la FGN y del Ministerio Público se relacionó precisamente con el rechazo de los patrones de macrocriminalidad presentados por la FGN, cuyos argumentos habían sido idénticos a los esbozados en el referido caso de las ABC.

En su decisión, la Sala de Casación Penal de la CSJ abordó el tema e hizo algunas consideraciones sobre las características de un patrón que, en parte, recogen los planteamientos de la FGN; por ejemplo, al indicar que: “a) [e]l patrón de criminalidad es un método (...) de construcción de verdad porque determina las políticas, los planes y el *modus operandi* de la organización criminal, a partir del análisis de algunos casos particulares (...)” (p. 105); y al aseverar que: “c) [l]a metodología de los patrones no se interesa tanto por las circunstancias particulares que rodearon cada delito sino por la develación de la tipología del comportamiento criminal del grupo armado en un tiempo y espacio determinados (...)” (p. 106).

Posteriormente, la Sala se ocupó del caso concreto y se refirió a los puntos objeto de reproche del tribunal y llegó a las siguientes conclusiones, en aspectos directamente relacionados con lo aquí resumido en la decisión de las ABC:

1. Respecto de lo que el tribunal consideró una “caracterización simplificada de los patrones de violencia cometidos por las ACPB”, por cuanto agrupó hechos por tipos penales, la Corte indicó que tal afirmación no implica un error sustancial sino en la denominación de categorías de clasificación, de manera que con ello “(...) no se cuestiona la pertenencia de los casos a un determinado patrón (...) ni los caracteres de generalidad o sistematicidad, sino el nombre que a este se le asignó, lo cual constituye (...), un mero defecto de forma” (p. 118).
2. En relación con la metodología utilizada por la FGN, para la Corte, las críticas del tribunal “resultan infundadas” (p. 115) toda vez que el fiscal delegado había seguido las pautas institucionales creadas para el efecto, como el memorando 033 de 2013, así como que “(...) es irrebatible que en la actuación se cumplieron los objetivos previstos en el artículo 16 del Decreto 3011 de 2013; además se estableció la estructura, el *modus operandi*, las políticas, las prácticas y el contexto de la organización criminal” (pp. 115-116).

La CSJ concluyó que la FGN sí acreditó la existencia de los cinco patrones macrocriminales presentados en el caso y, por tanto, dispuso la revocatoria de la decisión contenida en el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, mediante la cual el tribunal había decidido no aceptar la caracterización de patrones de macrocriminalidad expuestos por la FGN.

Decisión similar adoptó la CSJ (2017) cuando decidió la apelación interpuesta contra el fallo de las ABC. De esta providencia destacan, entre otras, dos consideraciones: 1) el Tribunal de Bogotá se equivocó al pretender que solo existe un tipo de metodología aceptable para identificar patrones de macrocriminalidad, de manera que la presunta ausencia de un enfoque multidisciplinario o la inclusión de determinados estándares en el método empleado, no puede anular la identificación de los patrones y 2) pese a que el *a quo* cuestionó que la investigación de los casos se haya hecho con base en las versiones libres de los postulados o un testimonio aislado de la víctima, para la Corte, la FGN sí hizo lo necesario para documentar los casos llevados a imputación y, posteriormente, a legalización de cargos. Incluso reconoció que, en efecto, se contó con las entrevistas a las víctimas.

Con base en lo expuesto, la Corte adoptó la decisión de revocar “(...) el numeral cuarto del fallo de primera instancia donde se decidió no aceptar los patrones de macrocriminalidad (...), para en su lugar aceptarlos (...)” (p. 72).

*Conclusión.* Si bien las decisiones del TSDJB en los casos de las ABC y de las ACPB analizaron y ahondaron teóricamente en los elementos de la estrategia de investigación en Justicia y Paz que surgió a partir de la reforma legal de 2012, e hicieron certeras críticas al modelo presentado por la FGN que pusieron en evidencia algunas de sus falencias, lo cierto es que sus observaciones no tuvieron sustento en la verdad del proceso (como la relacionada con la ausencia de participación de las víctimas o de fuentes de corroboración de los hechos en el caso de las ABC) o pretendieron sugerir, en abstracto, un modelo que no contó con la suficiencia necesaria para ser considerado como el único posible y, en todo caso, no avanzaron en la aplicación de las ideas plasmadas en los casos concretos ni lograron demostrar que la propuesta de la Fiscalía contradijera la legislación vigente sobre el tema, de manera que, en segunda instancia, la CSJ terminó respaldando al ente investigador y revocando las decisiones del tribunal y, con ello, se aceptó como una alternativa viable, aunque no la única, la presentada por la FGN para la identificación de patrones macrocriminales en el contexto del conflicto armado.

### 3.2.2. Decisiones que respaldaron el modelo de la Fiscalía General de la Nación: el caso en contra de Salvatore Mancuso

*Decisión de primera instancia.* Pese a que se trata de la misma Sala de Justicia y Paz del TSDJB (2014c), la sentencia contra uno de los máximos líderes de las extintas AUC, Salvatore Mancuso Gómez y once postulados más, con alto rango en la organización ilegal, pertenecientes a los Bloques Norte, Catatumbo, Córdoba y Héroes de los Montes de María de las AUC, aceptó de manera integral la metodología propuesta por la FGN en relación con la priorización de los casos, la elaboración del contexto y la identificación de los patrones de macrocriminalidad de las estructuras armadas.

El capítulo IX de la decisión analiza lo relacionado con los patrones y plasma, como parte de sus consideraciones, la develación de los cinco presentados por la Fiscalía con sus correspondientes prácticas y *modus operandi* (párrs. 572-1315 de la decisión), a saber: masacres y homicidios selectivos, desplazamiento forzado, desaparición forzada, reclutamiento ilícito y violencia basada en género, de manera que, en la parte resolutiva, declara la existencia de:

(...) PATRONES MACROCRIMINALES que se evidenciaron mediante los delitos de HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA, DESAPARICIÓN FORZADA, DELITOS DE VBG, RECLUTAMIENTO ILÍCITO y DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL, a los que se adecuaron las acciones desplegadas de manera sistemática y generalizada por los postulados (...) (p. 2253).

Igualmente, en la parte considerativa de la decisión quedó señalado el contexto en el cual actuaron las estructuras paramilitares cuyos miembros fueron objeto de condena, de manera que, si bien este fallo no fue el primero en analizar los elementos de la nueva estrategia de investigación en Justicia y Paz (como se indicó, el asunto de las ABC se ocupó del tema con antelación), sí constituyó la primera decisión judicial en Colombia en la que quedaron consignados y en la que se definió la responsabilidad penal de máximos responsables integrantes de grupos armados respecto de la comisión de crímenes internacionales acorde con una política de priorización, la elaboración de un contexto y la identificación de patrones de macrocriminalidad.

Con posterioridad se han adoptado decisiones que también han aceptado la estrategia de la FGN y declarado la existencia de patrones de macrocriminalidad en los términos expuestos por aquella. Además, del caso de Fredy Rendón Herrera, se cuentan: 1) las dos decisiones proferidas por el TSDJB contra postulados del Bloque Central Bolívar (BCB). En la primera (2017), se condenó a 32 postulados, entre ellos, Iván Roberto Duque, Rodrigo y Guillermo Pérez Alzate; en tanto que en la segunda (2018) se condenó a 273 desmovilizados en total y 2) las dos

primeras sentencias emitidas en casos priorizados por la Sala de Justicia y Paz del TSDJ de Barranquilla (Atlántico) en los procesos contra Hernán Giraldo Serna y ocho postulados del Bloque Resistencia Tayrona de las AUC (2018a) y contra Édgar Ignacio Fierro Flórez y 15 postulados más, exmiembros del Frente José Pablo Díaz del Bloque Norte de las AUC (2018b).

*Conclusión.* Estas seis decisiones, sumadas a las ya citadas sentencias de segunda instancia proferidas en los casos de las ABC y las ACPB, evidencian que, en medio de las discusiones y cuestionamientos a la estrategia presentada por la FGN en Justicia y Paz, esta ha contado con un importante respaldo de la magistratura que ha permitido su consolidación y por virtud de la cual es posible afirmar que ya existe una sólida jurisprudencia nacional en la que, con base en una política de priorización, se han develado contextos de actuación de grupos armados al margen de la ley, sus políticas y ciertos patrones macrocriminales, prácticas y *modus operandi* en la comisión de crímenes internacionales en el marco del conflicto armado en Colombia.

### **3.2.3. Decisiones que adoptaron otros modelos y la propuesta Gutiérrez-Wood: el caso en contra de Ramón Isaza**

Dentro del grupo de casos en los cuales la jurisprudencia ha declarado la existencia de patrones de macrocriminalidad en el actuar de ciertos grupos armados en Colombia sin adoptar la propuesta metodológica de la FGN destaca el modelo expuesto por primera vez en la sentencia contra las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio (ACMM) en el que, como se verá, el TSDJB adoptó un planteamiento que tiene origen en la literatura académica sobre el tema desarrollado por los profesores Elisabeth Wood y Francisco Gutiérrez.

Sin embargo, previo a su análisis, es oportuno precisar que algunas decisiones anteriores también se habían apartado del esquema de la Fiscalía y se habían referido a la existencia de patrones pero con diferentes niveles de argumentación o análisis, grupo de fallos que puede clasificarse en cuatro tipos:

1. *Decisiones previas a la incorporación de la nueva estrategia de investigación:* la sentencia proferida por el TSDJM en contra del postulado Jesús Ignacio Roldán Pérez, alias Monoleche (2014), se trató de un caso en el que, pese a no ser priorizado por la FGN ni desarrollado según la nueva estrategia de investigación, la magistratura decidió, unilateralmente, aludir a la idea de patrones y analizar y definir la existencia de un patrón que denominó “apropiación y despojo de tierras” (párr. 472) cometido por las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU), pero que, al final ni siquiera fue declarado en la parte resolutiva.

2. *Decisiones que se apoyaron en el modelo o los datos de la FGN, pero reconocieron patrones propios:* en ciertos fallos, la magistratura de Justicia y Paz, sin argumentar una diferencia clara con la FGN o exponer una contrapropuesta estructurada, ha terminado adoptando una denominación diversa a la presentada por la Fiscalía en el ejercicio de su acusación respecto de los patrones de macrocriminalidad. Aquí se cuentan dos sentencias:

La providencia contra Manuel de Jesús Pirabán y 21 postulados más de los Bloques Centauros y Héroes del Llano y del Guaviare (2016a) alude a las normas y reglamentación de la FGN sobre los patrones de macrocriminalidad pero concluye sin realizar consideraciones teóricas o metodológicas, que en el caso configuraron otros patrones: “Ataque de la estructura paramilitar las especiales, contra la vida e integridad personal de civiles protegidos en la ciudad de Villavicencio” (p. 1179) y “ataque de la estructura paramilitar las especiales, contra la vida e integridad personal de civiles protegidos en el barrio Ciudad Porfía” (p. 1180), declaración que, sin embargo, sería revocada por la CSJ (2018).

Por su parte, en el fallo del Tribunal de Medellín contra el postulado Ramiro Vanoy Murillo, alias *Cuco Vanoy*, excomandante del Bloque Mineros de las AUC (2018b), pese a que la Sala presentó y, en general, estuvo de acuerdo con los patrones expuestos por la FGN, al punto que aseveró: “[e]n suma, la Sala abordará el tema de ‘patrones de macrocriminalidad’, con fundamento en el análisis cualitativo y cuantitativo de la información proporcionada por la Fiscalía” (pp. 267-268), sin un método alternativo expreso o estructurado, varió la denominación de los mismos y resolvió declarar la existencia de los patrones macrocriminales de control social, territorial y de recursos, violencia basada en género, política paramilitar contrainsurgente y patrón asociado a la política expansionista de esa estructura paramilitar.

3. *Decisiones críticas con el modelo FGN que reconocen patrones propios, aunque sin un método elaborado:* por otro lado, un tipo de sentencias se han apartado con razones del modelo de la FGN y, en su lugar, han definido otros patrones de macrocriminalidad sin presentar un método claro que se oponga al del ente acusador.

Tal es el caso de la providencia emitida contra Rodrigo Alberto Zapata Sierra y cuatro postulados más en relación con los hechos cometidos por el Bloque Pacífico-Héroes del Chocó (2017), cuando el TSDJM esgrimió serias críticas al modelo presentado por la FGN, entre ellas que: 1) no dio cuenta del contexto en el que se cometieron los patrones de criminalidad, de la cadena de violaciones, los fines, estrategias y objetivos detrás de estas, el tipo de víctimas, la planeación y preparación de los crímenes, las estructuras militares y civiles

que intervenían en el proceso, entre otros elementos clave, 2) construyó los patrones de criminalidad a la manera de una deducción, un método errado, 3) partió de premisas *a priori* sin constatar su veracidad y sin contrastarlas con el conjunto de los hechos y 4) la verdad sobre las políticas y motivaciones del grupo de construyó desde la óptica de los perpetradores.

Así, la Sala hizo algunas aproximaciones teóricas a la forma cómo, a su modo de ver, deberían diseñarse patrones macrocriminales, indicando que debe privilegiarse la investigación cualitativa y no la cuantitativa porque la primera es más analítica y la segunda meramente descriptiva y que debe aplicarse el método inductivo, pues permite “(...) encontrar las causas, relaciones y elementos comunes de los crímenes y a partir de estos elaborar reglas generales (generalizaciones) que los expliquen” (párr. 283).

Con base en tales disquisiciones, y otras más específicas relacionadas con puntos concretos de cada patrón, la Sala ajustó la acusación de la FGN en relación con los patrones de macrocriminalidad y agregó en sus denominaciones: 1) caracterización de las víctimas y 2) las finalidades del grupo, de manera que declaró la existencia de “(...) los patrones de criminalidad de ejecuciones extrajudiciales y arbitrarias por motivos de intolerancia y discriminación contra los grupos más vulnerables de la población” (p. 1741); e igualmente, “(...) de desaparición forzada de personas contra las comunidades negras del Chocó para sembrar el terror, dominar y controlar la población y encubrir las ejecuciones extrajudiciales y arbitrarias, como una forma de cooperación con las autoridades públicas”, entre otros (p. 1741).

4. *Decisiones que contienen una contrapropuesta estructurada o el modelo Gutiérrez-Wood:* finalmente, están las sentencias que, a partir de un análisis razonado de la idea expuesta por la FGN, han adoptado un modelo diverso y propio, y declarado la existencia de otros patrones criminales a partir de la doctrina elaborada por los profesores Gutiérrez y Wood, como ocurrió en los casos de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio (ACMM) y del Bloque Tolima de las AUC.

La propuesta de Gutiérrez y Wood (2017) define un patrón de violencia “(...) como la matriz que resume qué formas de violencia, contra qué blancos, con qué conteo o frecuencia (claramente especificado), y con qué técnica la organización se involucra regularmente en violencia” (p. 25).

Es decir, de acuerdo con esta definición, en el actuar de un grupo armado (fuerza del Estado, grupos rebeldes o milicias) se precisa la identificación de un “patrón de violencia” (p. 21) compuesto por cuatro elementos o dimensiones

denominados por los autores de la siguiente forma: 1) repertorios, 2) blancos, 3) frecuencias y 4) técnicas.

La acepción de *patrón* es retomada de su uso en el lenguaje cotidiano, como una especie de estilo distintivo, modelo o forma y una combinación de calidades, actos o tendencias, entre otros, que forman un orden consistente o característico.

*Repertorio* se traduce como el subgrupo de todas las formas posibles de violencia con las que actúa normalmente una organización, de manera que pueden ser varias o muy limitadas (solo homicidios) y, seguramente, cambian según el tipo de grupo armado.

La noción de *blanco* se refiere al subgrupo de aquellos objetivos civiles frecuentemente atacados por la organización en virtud del respectivo repertorio de violencia, pero, teniendo presente que la idea debe identificar una intención específica. Así, la aproximación a esta categoría implica, necesariamente, construir listados de esos grupos sociales que, regularmente, ataca la organización y el correspondiente repertorio de violencia utilizado. Por ejemplo, por un lado, un objetivo son los grupos étnicos, partidos o movimientos políticos, victimizados mediante homicidio y, por otro lado, prisioneros políticos respecto de los cuales se inflaja tortura y violencia sexual.

Por su parte, la dimensión de *frecuencia* obedece al número de ataques desplegados del respectivo repertorio contra determinado blanco, es decir, el conteo o la suma, como cuando se explora si la organización A perpetró más secuestros (conteo de hechos o víctimas) de un grupo específico, que la organización B.

Gutiérrez y Wood proponen, como se observa en la tabla 3, los elementos para representar un patrón de violencia:

**Tabla 3. Patrón de violencia forma de matriz con prevalencia estimada de frecuencia**

[Blanco]	Homicidio	Tortura	Violación
Supuestos desertores	100 %	No documentado	No documentado
Grupo étnico 1	25 %	No documentado	10 %
Prisioneros políticos	No documentado	No documentado	No documentado

Hombres	No documentado	100 %	50 %
Mujeres	No documentado	50 %	50 %
Partido político 1	5 %	No documentado	No documentado
Residentes en territorio enemigo	No documentado	No documentado	No documentado

Fuente: Gutiérrez y Wood (2017, p. 25).

Finalmente, la *técnica* que la organización emplea para ejecutar determinado elemento del repertorio significa la manera mediante la cual se ejerce cierta forma de violencia contra un blanco. Por ejemplo, en caso de violencia letal, la técnica se pregunta por lo siguiente: los homicidios fueron cometidos ¿con armas automáticas? ¿con machetes? O ¿bombas suicidas? Para los autores, en la tabla 3 podría agregarse la dimensión de la técnica a cada elemento del repertorio y grupo social convertidos en blanco.

Otra forma de explicar el tema son las preguntas que responden a cada dimensión del patrón de violencia:

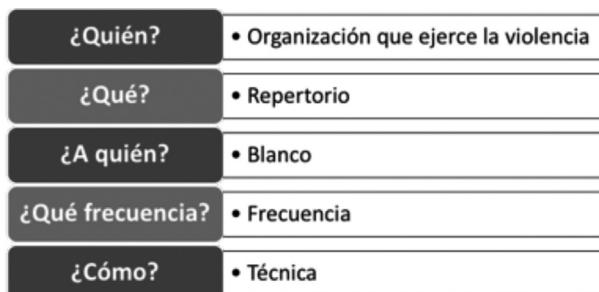


Figura 4. Preguntas que responden a la propuesta Gutiérrez-Wood.

Fuente: elaboración propia.

Si bien Gutiérrez y Wood (2017) brindan en su artículo académico ejemplos hipotéticos sobre la aplicación de su teoría en casos concretos, la mejor representación se daría en un caso real, cuando el TSDJB, en sentencia proferida contra Ramón María Isaza Arango, alias *El Viejo*, y cuatro postulados más exmiembros de las ACMM (2016b), retomara su método e incorporara sus conceptos en el análisis y decisión sobre la responsabilidad penal de los condenados.

*Decisión de primera instancia.* Así como en otros casos priorizados por la FGN que fueron decididos por las Salas de Justicia y Paz, tras presentar el contexto de actuación de las ACMM (párrafos 1373-1641 de la decisión), se analizaron los patrones de macrocriminalidad en el actuar del grupo en tres momentos: la descripción normativa sobre el tema; el resumen de la metodología y los resultados expuestos por la Fiscalía delegada, así como sus consideraciones al respecto y la presentación de un modelo nuevo que se denominó “Patrón de violencia de las ACMM contra la población civil” (num. 4.8.3.).

En este caso la Sala consideró que el esfuerzo de la Fiscalía comportó una serie de limitaciones que impidieron su reconocimiento en los términos planteados por el ente acusador por razones como las siguientes: 1) no hubo una justificación metodológica en relación con la recolección y tratamiento de los datos que sirvieron de soporte para la acusación, 2) para la FGN, una línea de conducta criminal repetitiva y uniforme puede ser subsumida en un tipo penal, 3) es erróneo restringir los elementos del patrón a las prácticas y *modus operandi* sin contemplar otras variables, 4) es un yerro reducir la idea de patrón a la verificación de una conducta repetitiva; 5) no se esclareció el criterio para establecer jerarquías entre conductas punibles y 6) el estudio de la FGN “(...) no supera en nada el antiguo análisis del ‘caso a caso’, pues lo que se hizo en el fondo fue una sumatoria y agrupación de hechos con base en el tipo penal al cual se podían adicionar los restantes” (párr. 1714).

Por lo anterior la Sala procedió a formular un planteamiento propio de lo que denominó “patrones de violencia” de las ACMM respecto de los tipos penales presentados por la FGN, con base en la teoría de los profesores Francisco Gutiérrez y Elisabeth Wood, y a precisar su definición de patrón, así: “(...) la identificación de las formas estables de violencia que ejerce un grupo respecto de una parte de la población (...)” (párr. 1772).

De esta manera la sentencia explica cada uno de los elementos de la teoría elegida y los aplica al caso concreto, y concluye que el patrón de violencia contra la población civil perpetrado por el grupo liderado por Ramón Isaza: “(...) está conformado por cuatro repertorios de violencia claramente determinados así: 1) desaparición y homicidio, 2) tortura, 3) desplazamiento y despojo y 4) violencia basada en género. Cada uno de tales repertorios se enmarca en un conjunto de frecuencias, blancos y técnicas” (párr. 1770).

Respecto del repertorio de desaparición y homicidio analizado por la Sala, acorde con el presupuesto de que esos dos tipos de acto estuvieron “vinculados estratégicamente” (párr. 1776), el fallo argumentó que las desapariciones ocurrieron con significativa *frecuencia*, al punto que la FGN relacionó 1494 hechos; no obstante, la cifra podría estar subvalorada y la mayoría de casos terminó en homicidio.

Respecto de los *blancos*, la Sala advirtió que no podría suponerse que la violencia de las ACMM se ejerció con un solo propósito e, igualmente, fue admitida la violencia no ordenada por los comandantes. Los blancos de las desapariciones del grupo se dividieron en estas categorías: 1) víctimas de la orientación antisubversiva, 2) víctima de la lucha contra el enemigo territorial, 3) víctimas del bloqueo de fuga de información del territorio, 4) víctimas de la limpieza social, 5) víctimas de hostilidad contra sectores sociales específicos, 6) víctimas de la política de captura de rentas o extorsiones, 7) víctimas en el contexto del reclutamiento y 8) víctimas de políticas de control social y convivencia.

En cuanto a las *técnicas*, la Sala se refirió a las fuentes de información de las ACMM en las que se apoyó la desaparición: redes propias creadas, redes comunitarias y las agencias de seguridad del Estado y, en particular, indicó que: “(...) la modalidad más frecuente fue la puesta en marcha de un operativo para sustraer físicamente a la persona de su entorno personal, para después asesinarla y lanzarla al río o enterrarla en una fosa clandestina” (párr. 1791).

Con base en esos hallazgos, la Sala analizó y cruzó las diferentes variables, lo que le permitió develar datos específicos respecto de la distribución territorial de los blancos y tipos dentro de las técnicas utilizadas (párrs. 1799-1804), e incluso, conexiones con otros delitos parte del repertorio entre otros datos, método que aplicó respecto de los otros *repertorios*, con lo cual decidió declarar la existencia del patrón de macrocriminalidad denominado “[p]rovisión de seguridad privada homicida y sigilosa, con alto contenido de violencia ordenada, parcialmente oportunista y tolerada, en algunos casos delimitada y con control violento de territorio y rentas” (párr. 1868).

El caso de las ACMM evidenció la posibilidad de plantear un modelo estructurado y soportado teóricamente para identificar patrones de macrocriminalidad o un patrón de violencia con diversas dimensiones. El análisis, a diferencia de decisiones judiciales anteriormente analizadas, fue más allá de las críticas al método presentado por la FGN y opuso un sistema que arrojó conclusiones, en buena medida diferentes, por ejemplo, respecto de la denominación de los elementos del patrón que, para la Fiscalía se identificarían como políticas, prácticas y *modus operandi*, en tanto que, para la magistratura serían repertorios, blancos, frecuencias y técnicas.

Posteriormente, la misma Sala de Justicia y Paz del TSDJB aplicó de nuevo la metodología de los profesores Gutiérrez y Wood en la sentencia del caso priorizado contra Atanael Matajudíos Buitrago y tres postulados más del Bloque Tolima de las AUC (2016c) y desestimó los patrones de macrocriminalidad de desaparición forzada de personas, reclutamiento ilícito y desplazamiento for-

zado presentados por la Fiscalía (párr. 2406), con argumentos semejantes a los expuestos en el caso de las ACMM, relacionados, entre otros, con: “(...) la falta de definición del método utilizado, la contradicción entre las categorías expuestas, la falta de coherencia entre las cifras utilizadas y la relación discursiva de cada patrón” (párr. 2525).

En este marco, la Sala analiza la información aportada por la FGN y, por medio de las categorías de repertorios, frecuencias, blancos y técnicas (párrafos 2546-2598 de la decisión), identifica tres patrones de violencia que se denominaron así: 1) sometimiento y terror en las comunidades mediante el uso de violencia homicida, punitiva y secreta, 2) vaciamiento estratégico, oportunista y punitivo del territorio y 3) violencia homicida antisubversiva, de control social y oportunista para el control del territorio y la extracción de rentas.

*Conclusión.* En este punto es claro que el concepto de patrón de macrocriminalidad, apenas planteado en la Ley 1592 de 2012, ha tenido múltiples análisis y formas de identificación respecto de las cuales no ha habido unificación de criterios entre las partes involucradas en el PEJYP, ni siquiera, entre las Salas de Justicia y Paz de los TSDJ o incluso, dentro de ellas. Por el contrario, se evidenciaron diversas interpretaciones, críticas, formas de aludir a él y categorías analíticas que lo componen.

La tabla 4 resume esa diversidad de criterios utilizados por los magistrados en sus sentencias a la hora de elegir un método para la identificación de los patrones, cuyo análisis se propone con base en las dos propuestas más elaboradas: la presentada por la FGN en un extremo, la contrapropuesta tomada de los profesores Gutiérrez y Wood; y en medio de estas, las decisiones que declararon la existencia de patrones sin un método específico o que, simplemente, no los reconocieron:

**Tabla 4. Diversos métodos para la identificación de patrones de macrocriminalidad en el PEJYP**

<b>¿Cuál fue la metodología adoptada por las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en relación con la identificación de patrones de macrocriminalidad?</b>		
<b>Modelo de patrones con base en políticas, prácticas y <i>modus operandi</i> propuesto por la DJT- FGN</b>	<b>Otro modelo o ninguno</b>	<b>Modelo de patrones con base en repertorios, blancos, frecuencias y técnicas, elaborado por Gutiérrez y Wood</b>
TSDJB, 2014, caso Salvatore Mancuso Gómez, Bloque Norte.	TSDJB, 2014, caso Luis Eduardo Cifuentes, alias <i>El Águila</i> , ABC.	
TSDJM, 2014, caso Fredy Rendón Herrera, alias <i>El Alemán</i> , BEC.	TSDJB, 2014, caso Arnubio Triana Mahecha, alias <i>Botalón</i> , ACPB.	
TSDJB, 2017, caso Iván Roberto Duque, alias <i>Ernesto Báez</i> , BCB.	TSDJM, 2015, caso Olimpo de Jesús Sánchez, alias <i>Cristóbal</i> , ERG.	TSDJB, 2016, caso Ramón María Isaza Arango, alias <i>El Viejo</i> , ACMM.
TSDJB, 2018, caso Rodrigo Pérez Alzate, BCB.	TSDJM, 2014, caso Jesús Ignacio Rodán Pérez, alias <i>Monoleche</i> .	TSDJB, 2016, caso Atanael Matajudíos Buitrago, Bloque Tolima.
TSDJ de Barranquilla, 2018, caso Hernán Giraldo Serna, Bloque Resistencia Tayrona.	TSDJB, 2016, caso Manuel de Jesús Pirabán, Bloques Centauros y Héroes del Llano y del Guaviare.	
TSDJ de Barranquilla, 2018, caso Édgar Ignacio Fierro Flórez, Bloque Norte.	TSDJM, 2018, caso Ramiro Vanoy Muriel, alias <i>Cuco Vanoy</i> , Bloque Mineros.	
	TSDJM, 2017, caso Rodrigo Alberto Zapata Sierra, Bloque Pacífico-Héroes del Chocó.	

**Fuente:** elaboración propia.

En todo caso, pese a las diferencias conceptuales entre sí, lo cierto es que las sentencias proferidas en el PEJYP: 1) han aplicado, en lo concreto, una política de priorización en relación con los máximos responsables de los delitos más graves cometidos en el marco del conflicto armado, respecto de los principales grupos paramilitares e incluso un caso de la subversión, 2) han develado los contextos de actuación de esas estructuras y 3) han identificado patrones de macrocriminalidad en su actuar, de manera que su riqueza conceptual, metodológica e informativa constituye un referente insoslayable ante nuevas experiencias sobre judicialización de crímenes internacionales en escenarios de transición, como se sugerirá a continuación.

### 3.3 Aportes para la JEP

El SIVJRNR y, en particular la JEP, constituye una nueva experiencia sobre justicia transicional en Colombia y en el mundo que, sin embargo, parte de un amplio camino recorrido en el país en el que se han discutido y plasmado, en normas y jurisprudencia, estrategias y mecanismos de justicia para una efectiva rendición de cuentas de las diferentes partes involucradas. Dentro de ese grupo de vías exploradas, Justicia y Paz ha sido la más reciente y cercana al nuevo sistema, de manera que, a continuación, se propone una síntesis de las lecciones aprendidas y buenas prácticas en ese proceso cuyo conocimiento para la JEP, le permitirá hacer un sumario propio y construir una propuesta, en todo caso, mejor informada.

Si bien habría múltiples *lecciones aprendidas* de Justicia y Paz en cuanto al diseño institucional, como su reducción a un proceso jurídico penal sin mecanismos extrajudiciales que lo complementaran, es preciso concentrar el análisis a lo discutido en las páginas anteriores acerca de la nueva estrategia de investigación implementada a partir de la Ley 1592 de 2012. En este punto, aunque serían oportunas consideraciones en cuanto a cada uno de los elementos examinados, lo cierto es que la política de priorización y la develación de contextos no sufrieron mayores críticas en el trámite respecto de lo propuesto por la FGN, de manera que esos componentes formarán parte de las buenas prácticas del proceso.

*Contrario sensu*, el examen sobre los patrones de macrocriminalidad en el PEJYP ha sido de gran controversia y, por tanto, se pueden extraer de él una serie de *lecciones aprendidas* que la JEP puede tener en cuenta, como las siguientes:

Si bien la Fiscalía no definió los patrones como delitos, en la práctica, su *denominación* se identificó, en la mayoría de los casos, con conductas punibles lo cual, aunque no es en sí mismo un error o una transgresión a la ley, como en efecto lo afirmó la CSJ que lo consideró un tema meramente formal, sí redujo la posibilidad de evidenciar con mayor amplitud y profundidad la complejidad del

fenómeno analizado, lo que sin embargo fue superado en las decisiones judiciales en las que se nombraron de forma más omnicomprensiva lo que resulta más aconsejable de cara a los nuevos esfuerzos en el tema.

Adicionalmente, esa misma limitación llevó a *uniformizar* los patrones y sus elementos respecto de la mayoría de las estructuras paramilitares del orden nacional (bloques o frentes) (Forer, 2017), y aunque se esclarecieron componentes diferenciadores por medio de los contextos, en general, la atribución de responsabilidad de los grupos priorizados ha resultado bastante unívoca en cuanto a las motivaciones, las prácticas y sus modos de operar, salvo las sentencias que lograron un nivel de análisis territorial o más específico en cuanto a las finalidades del actor armado. Resulta más afortunado aplicar el respectivo método con base en factores específicos como el impacto local y sus particularidades.

Asimismo, el resultado de nominar los patrones con las conductas punibles implicó problemas en el momento de realizar el ejercicio de imputación cuando *dos o más delitos conformaban un mismo patrón*; es decir, ante la comisión concurrente de homicidios con desapariciones forzadas o torturas, no fue clara la forma para considerar alguno como el patrón y los otros dos como sus componentes. Los casos concretos se resolvieron argumentando la primacía de una conducta sobre otra, pero la estrategia de la FGN careció de claridad conceptual que consolidara un criterio al respecto.

La superación de la forma de atribución de responsabilidad en el caso a caso, en favor de la metodología basada en casos priorizados (o seleccionados), implicó bastantes desafíos, entre ellos, la satisfacción de los criterios *cualitativos* y *cuantitativos* para la elección de aquellos hechos que demostrarían la existencia de un patrón macrocriminal. En este punto, un sector de la magistratura sugirió que debía ponderarse el primero sobre el segundo, pero no se ha logrado un consenso sobre el tamaño de la muestra que pueda considerarse aceptable. Si bien estos elementos han sido resueltos en cada proceso, no existe todavía una idea unificada o mayoritariamente admitida, lo que sería deseable para brindar mayor seguridad jurídica a los procesos y evitar divergencias entre autoridades involucradas en el examen.

Algunos de los problemas reflejados se explican por la *complejidad de los métodos empleados* para la identificación de los patrones: la inclusión de numerosos elementos y conceptos novedosos, aparentemente necesarios ha dificultado su aprehensión, dominio, capacidad de apropiación y explicación clara para los funcionarios involucrados en el proceso y ha cuestionado su pertinencia de cara a la comunicación con los últimos destinatarios de la verdad: las víctimas y la sociedad. Llenar la idea de patrón de categorías analíticas como políticas, prácticas, *modus operandi* o metodologías como la deductiva e inductiva (en

el caso de la FGN) o repertorios, frecuencias, blancos y técnicas (en el caso de un sector de la magistratura) no ha facilitado su comprensión y ha hecho que surjan nuevas críticas a partir de ello, de manera que ante un nuevo proceso, sería necesario considerar una fórmula para esclarecer o simplificar los modelos.

Una parte de esa problemática es el hecho de que la mayoría de conceptos se incluyó sin una *perspectiva multidisciplinaria*, especialmente, los relacionados por la FGN, lo que se reflejó en inconsistencias a la hora de la aplicación de los métodos inductivo y deductivo (CITPAX, 2016, p. 53). Esta situación se presentó de mejor manera en las sentencias en las que la magistratura reconstruyó los conceptos a partir de fuentes doctrinarias diferentes a las jurídicas y mejor aplicadas de manera que, en conclusión, ante un nuevo escenario de utilización de patrones criminales, las complejidades y multiplicidad de variables del conflicto armado sugieren el correcto uso de diversas disciplinas.

La *ausencia de un solo método* que, de manera oportuna, definiera y unificara formas de aplicación de los nuevos conceptos, suscitó una multiplicidad de acepciones e interpretaciones sobre las categorías involucradas que no permitió presentar un modelo consolidado para el PEJYP. Por el contrario, se cuenta con una variopinta escala de críticas a la propuesta de la Fiscalía que ha deslegitimado su aplicación y una escasa contrapropuesta en la que se destaca un solo modelo verdaderamente estructurado, aunque tampoco aceptado por toda la judicatura que imparte justicia en ese proceso especial. Por tanto, es aconsejable unificar criterios para operar con mayor seguridad, agilidad y certeza en la consecución de los objetivos de un proceso.

Finalmente, debido a la falta de competencia legal, esto es, otro problema de diseño normativo más que de estrategia, es preciso recordar que en las investigaciones *no se logró ahondar en la responsabilidad penal de personas diferentes a los combatientes* con calidad de postulados al proceso de Justicia y Paz, como, por ejemplo, agentes del Estado o terceros financiadores o colaboradores de los grupos armados (Michałowski y Cardona, 2015). Pese a que se hicieron esfuerzos reflejados en la develación de contextos y las compulsas de copias para iniciar o impulsar investigaciones en la justicia ordinaria (gracias a lo cual avanzaron situaciones como la “parapolítica”), la estructura del PEJYP no facilitó la atribución de responsabilidad en los hechos del conflicto armado de los no combatientes.

Lo indicado, que en parte ha sido notado por la doctrina (ICTJ, 2018), evidencia una serie de complejidades en la implementación de un modelo nuevo en Colombia y en el mundo, hecho que no ha matizado sus defectos y que, pese a los esfuerzos de las diferentes partes involucradas, no dejó de presentar

inconsistencias, vacíos y desafíos que deben advertirse en un nuevo esquema que apunte a su superación.

Pero además de las lecciones aprendidas de la experiencia de Justicia y Paz, los interesados en el tema también deben conocer una serie de *buenas prácticas* que, guardadas las proporciones y en el marco de la respectiva reglamentación, podrían tenerse en cuenta de cara a la implementación de un nuevo sistema en el que se aborde la investigación, juzgamiento y sanción de crímenes internacionales, esto es, en un contexto macrocriminal como el conflicto armado. A continuación se resumen los principales aspectos que pueden considerarse favorablemente respecto de la estrategia aplicada en el PEJYP:

El contraste de los modelos empleados permitió evidenciar fortalezas y debilidades de unos y otros que arrojan un panorama de posibilidades para optar. Así, por ejemplo, el piloto elegido por la FGN buscó ofrecer *seguridad metodológica y jurídica* desde dos escenarios: 1) la aplicación de los métodos deductivo e inductivo traídos de las ciencias sociales y 2) la utilización de fuentes normativas y de la jurisprudencia internacional en materia de DD. HH. y Derecho Penal Internacional, para llenar de contenido los elementos de la estrategia esbozados en la ley. De este modo, si bien ciertas críticas y contrapropuestas de la magistratura han sido certeras y razonables, solo han provenido de la literatura sobre el tema, que no es jurídicamente vinculante, de suerte que en términos de validez la propuesta de la FGN ha contado con un mejor respaldo, lo que sugiere una *oferta de opciones* para un nuevo proceso: entre conceptos más apegados a los desarrollos legales y jurisprudenciales en el ámbito internacional o aquellos concebidos únicamente desde la doctrina.

Por su parte, la *reglamentación de ciertos elementos de la estrategia*, en particular, lo regulado desde la FGN en cuanto a los criterios de priorización, permitió su aplicación de manera lógica, razonable y transparente de cara a las partes e intervinientes en el proceso y a la sociedad y auspició una organización interna de la carga de trabajo que, ante la ingente cantidad de víctimas, victimarios y hechos por esclarecer requería una fórmula de gestión específica. En sentido similar, aunque con menor impacto inicial debido a su aparición tardía en el tiempo, se encuentran los elementos para la identificación del patrón de macrocriminalidad establecidos en el decreto reglamentario de la Ley 1592 de 2012 que, paulatinamente, lograron la unificación y clarificación de algunos aspectos sobre el tema.

Si bien el *uso de múltiples fuentes para la documentación de los hechos* constituyó un punto de constante discusión entre ¿privilegiar el testimonio de las víctimas? O ¿el de los postulados?, las directrices de la FGN sobre el punto (CITPAX, 2018) y las consideraciones de los tribunales sobre la relevancia de la participación

de las víctimas en la develación de la verdad han permitido sintetizar que, la contrastación de las declaraciones de las diferentes partes involucradas en el conflicto armado y la utilización de otras fuentes indirectas en relación con los hechos, sin necesidad de privilegiar una sobre otra, permiten una concepción más integral del fenómeno de violencia.

El uso conjunto de los tres elementos de la estrategia, a saber, política de priorización, elaboración de contextos e identificación de patrones de macrocriminalidad permitió una explicación más amplia de los fenómenos macrocriminales. Así mismo, su aplicación armonizada posibilitó una presentación lógica y concatenada de los hechos victimizantes y, en buena medida, una consecución mejor elaborada de la verdad judicial, a partir de las razones que motivaron los crímenes, las formas como se consumaron y los máximos responsables implicados al menos, a nivel militar.

Esa combinación de elementos favoreció la superación del tradicional modelo de caso a caso y su pretensión maximalista en la investigación, que si bien, es el mandato estatal en un escenario de “normalidad criminal” o con bajos niveles de vulneración a los DD. HH., experiencias internacionales e, incluso, la primera etapa de Justicia y Paz evidenciaron su insuficiencia en un complejo contexto de macrocriminalidad y macrovictimización (Cardona, 2012), de manera que se justificó una alternativa viable y más efectiva en términos cuantitativos (tabla 2) y en relación con la satisfacción de los fines de la justicia transicional.

En el momento de plantear nuevas estrategias y afrontar la investigación de crímenes internacionales en el marco del conflicto armado resulta oportuno observar los resultados, debates y aportes del PEJYP y sopesar, entre las buenas prácticas y lecciones aprendidas, una fórmula que permita la mejor satisfacción posible de los objetivos de la justicia transicional.

## CONCLUSIONES

El Proceso Especial de Justicia y Paz es la experiencia más reciente de justicia transicional que antecede al SIVJRN y que se asemeja a este en ciertos aspectos que el nuevo sistema debe observar desde una perspectiva crítica y analítica que permita extraer las buenas prácticas y lecciones aprendidas, dentro de las que se destaca la estrategia de investigación y judicialización de crímenes de sistema en el escenario del conflicto armado.

La evolución de Justicia y Paz, incluida la expedición de normas complementarias, le permitió pasar de ser un proceso penal especial con una estructura propia de la justicia ordinaria, aunque con objetivos diferentes, a un componente más

del primer sistema de justicia transicional en Colombia, acompañado de nuevos órganos y procedimientos internos y paralelos, todo lo cual devino en mejores resultados y que, en medio de debates conceptuales que lo han enriquecido, ha arrojado ciertos mecanismos exitosos para corresponder con la satisfacción de los derechos de las víctimas.

El cambio en el proceso estuvo determinado por el diseño de ese nuevo modelo de investigación motivado en buena medida por los escasos resultados conseguidos en una etapa inicial hasta 2011 que evidenciaron la imposibilidad de afrontar la judicialización de los crímenes de sistema cometidos en el conflicto armado mediante un modelo maximalista y por el método tradicional de imputación caso a caso.

En términos cuantitativos se destaca la comparación elaborada con base en cifras de la FGN que, tras seis años de implementación del nuevo modelo de investigación, mostraba significativos aumentos al contrastar el periodo de 2005 a 2011 con el periodo 2012-2018, en cifras relacionadas con: 1) sentencias proferidas, 430 %, 2) postulados condenados, 1428,57 %, 3) hechos objeto de condena, 1771,83 % y 4) víctimas reconocidas en las sentencias, 882,06 %.

Si bien los diferentes elementos que componen la nueva estrategia de investigación han sido objeto de debate a diversos niveles, la identificación de patrones de macrocriminalidad ha constituido el aspecto más polémico y cuestionado en el desarrollo del PEJYP. La propuesta inicial presentada por la FGN ha recibido múltiples respuestas en los escenarios judiciales: algunas decisiones la adoptaron; otras se apartaron de ella sin elaborar una idea estructurada o mejor aplicable; y finalmente, otro grupo de providencias, aunque se separó del modelo de la Fiscalía, propuso uno alternativo con fundamentos académicos basados en el estudio de los profesores Francisco Gutiérrez y Elisabeth Wood que, a la poste, se erige como un segundo esquema completo para la identificación de patrones macrocriminales dentro del PEJYP.

Tales discusiones sobre el tema de los patrones nutrieron su contenido semántico y metodológico de manera que ya se cuenta con una síntesis que involucra diversas variables al respecto que, sin embargo, no han sido unificadas; por el contrario, entre las diferentes Salas de Justicia y Paz de los TSDJ o incluso dentro de ellas se careció de unidad de criterios sobre el punto, lo que dificultó su óptima aplicación y consolidación judicial.

Durante el amplio desarrollo que ha tenido el PEJYP en el tiempo se han identificado buenas prácticas y lecciones aprendidas cuya observancia puede ser utilizada por el nuevo SIVJRNR u otro modelo, eso sí, atendiendo las respectivas particularidades pero teniendo de presente la experiencia de un proceso que,

en medio de controversias ha aportado al reconocimiento de otros fenómenos criminales, como la “parapolítica” y el rol de terceros en el conflicto armado; ha exportado hacia la justicia permanente conceptos depurados sobre responsabilidad y participación criminal, participación de víctimas y enfoques diferenciales; ha realizado macroimputaciones de crímenes internacionales y, en todo caso, constituye el primero en Colombia y en el mundo en el que se han tomado decisiones judiciales que respondan a una política de priorización; develen contextos en los que actuaron los grupos involucrados en las graves vulneraciones a los DD. HH. y al Derecho Internacional Humanitario; e identifiquen patrones de macrocriminalidad en su accionar, en el escenario de un conflicto armado.

## REFERENCIAS

### Doctrina

Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera (24 noviembre, 2016). Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

Ambos, K. (2005). *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Bogotá: Temis, Dunker y Humblot y Konrad Adenauer Stiftung.

Barbosa, G. y Bernal, C. (Eds.) (2015). *El análisis de contexto en la investigación penal: crítica del trasplante del derecho internacional al derecho interno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cardona, J. P. (2012). Transiciones hacia la paz en perspectiva comparada: Colombia y Ruanda, dos escenarios de justicia maximalista. En *Constitucionalismo científico. Dinámicas globales y locales* (pp. 44-69). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Temis.

Centro Internacional de Toledo para la Paz [CITPAZ] y Observatorio Internacional DDR-Ley de Justicia y Paz. (2016). *Séptimo Informe. Diciembre de 2016*. Bogotá: Autores.

Centro Internacional de Toledo para la Paz [CITPAZ]. (2018). *La verdad en las sentencias de Justicia y Paz*. Bogotá: Autor.

Centro Internacional para la Justicia Transicional [ICTJ]. (2018). *La reorientación del proceso penal de Justicia y Paz: lecciones para la Jurisdicción Especial para la Paz*. Bogotá: Autor.

Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Project Counselling Service, Comisión Interreligiosa de Justicia y Paz y Fundación Comité de Solidaridad con Presos Políticos. (2014). El desmantelamiento del paramilitarismo: aprendizajes y recomendaciones desde las víctimas. Recuperado de [https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/201411\\_desmantelamiento\\_.pdf](https://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/201411_desmantelamiento_.pdf)

Cortés, E. M. (2017). Contexto y patrones de macrocriminalidad en la violencia contra pueblos indígenas. En *Proceso de Justicia y Paz. Evaluación y aportes en casos de pueblos indígenas* (pp. 79-216). Barranquilla: Universidad de la Costa.

Duncan, G. (2006). *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y auto-defensas en Colombia*. Bogotá: Planeta.

Forer, A. y López Díaz, C. (2011). Caso Colombiano. Selección y priorización de casos como estrategia de persecución penal en la justicia transicional en Colombia. En *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado* (pp. 229-253). Bogotá: GIZ.

Forer, A. (2017). Proceso de Justicia y Paz en Colombia. Análisis retrospectivo y algunos logros alcanzados. En *Proceso de Justicia y Paz. Evaluación y aportes en casos de pueblos indígenas* (pp. 1-78). Barranquilla: Universidad de la Costa.

Garzón, B. (Coord.). (2011). *Diagnóstico de Justicia y Paz en el marco de la Justicia Transicional en Colombia*. Bogotá: Misión de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia de la Organización de Estados Americanos [MAPP-OEA].

Garzón, J. C. (2005). La complejidad paramilitar: una aproximación estratégica. En *El poder paramilitar*. Bogotá: Planeta y Fundación Seguridad y Democracia.

Goetz, J. y Le Compte, M. (1988). *Etnografía y diseño cualitativo en investigación educativa*. Madrid: Morata.

Gutiérrez, F. y Wood, E. (2017). What should we mean by ‘Pattern of Political Violence’? Repertorie, Targeting, Frequency, and Technique. En *Perspectives on Politics*, Vol. 15 (núm. 1), pp. 20-41.

Hinestrosa, J. P. (2018). *Contexto y patrones de macrocriminalidad en Colombia: una forma de buscar el derecho a la justicia*. Recuperado de <https://dplf-blog.com/2018/03/22/contexto-y-patrones-de-macrocriminalidad-en-colombia-una-forma-de-buscar-el-derecho-a-la-justicia/>

International Criminal Court, Office of the Prosecutor (2016). *Policy paper on case selection and prioritization*. La Haya.

Michałowski, S. y Cardona, J. P. (2015). Responsabilidad Corporativa y Justicia Transicional. En *Anuario de Derechos Humanos*, 11, 173-182.

Michałowski, S., Sánchez, N., Marín, D., Jiménez, A., Martínez, H., Domínguez, V. y Arroyave, L. M. (2018). *Entre coacción y colaboración. Vedad judicial, actores económicos y conflicto armado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia y Transitional Justice Network (University of Essex).

Organización de los Estados Americanos [OEA] (14 de febrero de 2007). Octavo informe trimestral del secretario general sobre la Misión de apoyo al proceso de paz en Colombia (MAPP/OEA). Bogotá: Autor.

Pardo, R. (2007). *Fin del paramilitarismo. ¿Es posible su desmonte?* Bogotá: Ediciones B.

1. Saffon, M. P. (2008). El decreto que repara a las víctimas: más retórico que eficaz. En *Revista Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/opinion/articulo/el-decreto-repara-victimas-mas-retorico-eficaz/93075-3>.

Santos, E. (2014). *Así empezó todo*. Bogotá: Intermedio Editores.

Seils, P. (2012). Propuesta de criterios de selección y priorización para la Ley de Justicia y Paz en Colombia. Bogotá: ICTJ.

United Nations Human Rights Council (2 de marzo de 2018). Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the situation of human rights in Colombia. Ginebra.

## Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. (18 de mayo de 2006). *Sentencia C-370*. [MMPP Manuel José Cepeda y otros]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-o6.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (31 de julio de 2009). *Auto Rad. No. 31539*. [M. P. Augusto Ibáñez Guzmán].

Corte Constitucional de Colombia. (28 de agosto de 2013). *Sentencia C-579*. [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (11 de noviembre de 2015). *Sentencia C-694*. [M. P. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-694-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (15 de agosto de 2018). *Sentencia C-080*. [M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo]. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (24 de julio de 2014). *Sentencia Rad. N.º 43005*. [M. P. María del Rosario González].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (25 de noviembre 2015a). *Sentencia Rad. N.º 45463*. [M. P. José Luis Barceló].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (16 de diciembre de 2015b). *Sentencia Rad. N.º 45547*. [M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (23 de noviembre de 2017). *Sentencia Rad. N.º 44921*. [M. P. José Francisco Acuña Vizcaya].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (21 de febrero de 2018). *Sentencia Rad. N.º 49170*. [M. P. Patricia Salazar].

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (Atlántico). Sala de Justicia y Paz. (18 de diciembre de 2018a). *Sentencia Rad. N.º 2013-80003*. [M. P. José Haxel de La Pava Marulanda].

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (Atlántico). Sala de Justicia y Paz. (18 de diciembre de 2018b). *Sentencia Rad. N.º 2013-81389*. [M. P. Gustavo Aurelio Roa Avendaño].

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. (19 de marzo de 2009). *Sentencia Rad. N.º 200680526*. [M. P. Eduardo Castellanos Roso].

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. *Sentencia Rad. N.º 2014-00019-00*. (Primero de septiembre de 2014a). [M. P. Eduardo Castellanos Roso].

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. (16 de diciembre de 2014b). *Sentencia Rad. N.º 2014-00058-00*. [M. P. Eduardo Castellanos Roso].

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. (20 de noviembre de 2014c). *Sentencia Rad. N.º 2014 00027*. [M. P. Lester María González].

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. (25 de julio de 2016a). *Sentencia Rad. N.º 200783019*. [M. P. Alexandra Valencia Molina].

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. (29 de febrero de 2016b). *Sentencia Rad. N.º 201300146*. [M. P. Uldi Teresa Jiménez López].

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. (7 de diciembre de 2016c). *Sentencia Rad. N.º 3201400103*. [M. P. Uldi Teresa Jiménez López].

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. (11 de agosto de 2017). *Sentencia Rad. N.º 201300311*. [M. P. Alexandra Valencia Molina].

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. (19 de diciembre de 2018). *Sentencia Rad. N.º 201400059*. [M. P. Uldi Teresa Jiménez].

2. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia). Sala de Justicia y Paz. (9 de diciembre de 2014). *Sentencia Rad. N.º 2006-82611*. [M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo].

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín (Antioquia). Sala de Justicia y Paz. (16 de diciembre de 2015). *Sentencia Rad. N.º 200883621*. [M. P. María Consuelo Rincón Jaramillo].

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia). Sala de Justicia y Paz. (30 de enero de 2017). *Sentencia Rads. N.<sup>o</sup> 2008-83308, 2010-84398, 2006-80893*. [M. P. Rubén Darío Pinilla Cogollo].

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia). Sala de Justicia y Paz. (17 de mayo de 2018a). *Sentencia Rad. N.<sup>o</sup> 2007802701*. [M. P. Juan Guillermo Cárdenas].

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia). Sala de Justicia y Paz (28 de junio de 2018b). *Sentencia Rad. N.<sup>o</sup> 20068001803*. [M. P. María Consuelo Rincón Jaramillo].

## Normatividad

Congreso de la República de Colombia. (25 de julio de 2005). *Ley 975: por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*. DO: 45.980. Recuperado de [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0975\\_2005.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html)

Congreso de la República de Colombia. (29 de diciembre de 2010). *Ley 1424: por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones*. DO: 47.937. Recuperado de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%201424%20de%202010.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (10 de junio de 2011). *Ley 1448: por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. DO: 48.096. Recuperado de [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1448\\_2011.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html)

Congreso de la República de Colombia. (19 de septiembre de 2011). *Gaceta del Congreso 690*.

Congreso de la República de Colombia. (31 de julio de 2012). *Acto Legislativo 01: por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras*

disposiciones. DO: 48.508. Recuperado de [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/acto\\_legislativo\\_01\\_2012.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_01_2012.html)

Congreso de la República de Colombia. (3 de diciembre de 2012). *Ley 1592: por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones.* DO: 48.633. Recuperado de [http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1592\\_2012.html](http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1592_2012.html)

Congreso de la República de Colombia. *Proyecto de Ley 224 de 2015.* Cámara de Representantes: *por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 906 de 2004, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones.*

Fiscalía General de la Nación [FGN], Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (22 de mayo de 2006). *Memorando N.º 008.*

Fiscalía General de la Nación [FGN], Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (19 de mayo de 2008). *Memorando N.º 31.*

Fiscalía General de la Nación [FGN] y Agencia Alemana de Cooperación Internacional [GIZ]. (2011). *Guía de Procedimientos de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.*

Fiscalía General de la Nación [FGN]. (4 de octubre de 2012). *Directiva N.º 001.*

Fiscalía General de la Nación [FGN], Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (2013a). *Plan de Acción 2013-2014.*

Fiscalía General de la Nación [FGN]. (2013b). *La Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del Nuevo sistema de investigación penal.*

Fiscalía General de la Nación [FGN]Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz. (2013c). *Memorando N.º 033.*

Fiscalía General de la Nación [FGN]Grupo de Investigación de Policía Judicial de Justicia y Paz. (2013d). *Informe recopilatorio sobre el delito de desaparición forzada en Colombia, plan de priorización del primer semestre del año 2013.*

Fiscalía General de la Nación [FGN], Dirección Nacional de Análisis y Contextos. (24 de febrero de 2015a). *Memorando N.º 003.*

Fiscalía General de la Nación [FGN]. (2015b). *Caja de Herramientas: Guía práctica para la priorización de la Dirección Nacional de Políticas Públicas y Planeación.*

Fiscalía General de la Nación [FGN]. (9 de diciembre de 2015c). *Directiva N.º 02.*

Fiscalía General de la Nación [FGN], Dirección de Justicia Transicional. (Junio de 2018). *Informe Procesos de Justicia y Paz.*

Fiscalía General de la Nación [FGN], Dirección de Justicia Transicional. (2019). Matriz sentencias del Proceso Especial de Justicia y Paz 2005-2019.

Ministerio del Interior y de Justicia. (22 de abril de 2008). *Decreto N.º 1290: por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la ley. DO: 46.968.*





# Revista Pensamiento Jurídico

## Instrucciones para los autores de artículos a publicar

1. **EXTENSIÓN DEL DOCUMENTO:** entre 15 y 35 páginas a espacio sencillo en letra Times New Roman, tamaño 12.
2. **CUERPO DEL DOCUMENTO:** sin falta debe estructurarse en tres partes fundamentales:
  - a) *Contenido:* Estructura mínima con tres subtítulos.
  - b) *Conclusión preliminar.*
  - c) *Bibliografía:* Debe dar cuenta de un panorama representativo de los expertos de la temática tratada.

Es responsabilidad del autor o los autores señalar y referenciar claramente cualquier fragmento que sea tomado de la obra de otro autor, en la construcción de su trabajo. Si no se hace así, se considerará como plagio y el trabajo será descartado para publicación.

3. **NORMAS GENERALES DE ORGANIZACIÓN DEL ARTÍCULO:** debe tenerse en cuenta los siguientes criterios:
  - a) *Nombre del artículo* en español e inglés.
  - b) *Nombre del(os) autor(es)* con un asterisco el cual indicará a pie de página la filiación del autor, en la que se indicará la formación académica y cargo o campo de desempeño en 2 o 3 líneas y el respectivo correo electrónico.
  - c) *Resumen* en español e inglés (máximo 50 palabras).
  - d) *Palabras clave* en español e inglés (de 5 a 8).
  - e) *Títulos.* En todos los casos aparecerán marginados a la izquierda, con numeración según la tabla de contenido sin tabulado, respetando las siguientes normas:
    - 1) Títulos principales en negrita, tamaño 12, Times New Roman.
    - 2) Títulos secundarios en negrita, tamaño 10, Times New Roman.
    - 3) Subtítulos en itálica, tamaño 10, Times New Roman.
  - f) *Números:*

- 1) Los números de pies de página deben aparecer como superíndices ANTES de un punto o de una coma si lo hubiese.
- 2) La escritura de números deberá corresponder con las normas castellanasy, vale decir, la numeración deberá llevar *punto* (.) y no *coma* (,) para las cifras que indiquen miles y millones. Por su parte los números decimales se escribirán con *coma* (,).

*Ejemplo:*

1.000; 10.000; 100.000 o 1.000.000 para los miles y millones  
52,7; 9,1; 10,5 o 100,0 para los decimales.

Cuando el número designe una enumeración se escribirá en letras.

*Ejemplo:*

En 1990 *veinticuatro* personas recorrieron el lugar, *ocho* de ellas...

- g) *Elementos gráficos*: tener presente que el interior se imprime en blanco y negro, por lo tanto para cualquier elemento gráfico en los avances (ilustraciones, mapas, cuadros, tablas, etc.) se deberán tener los recaudos necesarios para su correcta interpretación. Tonos grises contrastados o utilización de rayados o punteados que permitan una clara lectura o identificación.

- 1) Las ilustraciones:

- a) Los cuadros, tablas, fotos, mapas u otros (con su respectiva numeración, escalas, títulos y/o epígrafes) podrán enviarse por separado, indicando en el texto, la ubicación de cada uno de ellos. En el texto se harán las remisiones a las ilustraciones que correspondan.
- b) Los símbolos incluidos deberán ser claros y estar bien diferenciados entre sí. En lo posible utilizar figuras geométricas planas.
- c) En todos los casos el título y la fuente de la información aparecerá de la siguiente manera:

*Ejemplo:*

**Cuadro 1.**

(Centrado, tamaño 10, Times New Roman)

**Algunos indicadores educativos, República Mexicana**

**1a. Población de 6 a 14 años que asiste a la escuela**

**(% de la población total)**

(Centrado, en negrita e itálica, tamaño 10, Times New Roman)

<b>Asisten a la escuela</b>					
<b>Año</b>	<b>1990</b>	<b>1995</b>	<b>1997</b>	<b>1997</b>	<b>1997</b>
<b>Edad (años)</b>				<b>Hombres</b>	<b>Mujeres</b>
<b>6-14</b>	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

**Fuente:** *Informe de Labores 1998-1999 de la SEP, México.*

- 2) Los mapas
  - a) Presentar los mapas que incluyan solamente los elementos imprescindibles, evitando que estén excesivamente recargados de dibujo o de texto.
  - b) En cada mapa deberá constar en un recuadro ubicado en el ángulo superior o inferior derecho, la ubicación del sector a nivel regional/provincial/ y del país.
  - c) Recordar que estas imágenes se imprimen en blanco y negro.
- 3) Los gráficos
  - a) Los gráficos y diagramas deberán tener una adecuada calidad original. Se recomienda que en todos los casos se utilice un programa de gráficos para computadora. No utilizar colores en los diagramas.
  - b) Definir claramente, en el caso de las tablas, las columnas y filas que encabezan los ingresos a los valores interiores de las mismas.

Tener en cuenta que no se admitirán agregados ni modificaciones una vez iniciado el proceso de edición y posterior composición gráfica del documento.

#### 4. NORMAS DE CITACIÓN

La *Revista Pensamiento Jurídico* acepta dos sistemas de citación, el Sistema APA y el Sistema ICONTEC. Los autores solo podrán hacer uso de **uno** de ellos en sus textos.

**Sistema APA.** Cuando se cite un autor o un documento, en el cuerpo central del artículo usted tiene tres opciones para colocar las citaciones en relación con el texto.

- a) Coloque el autor(es) y fecha(s) entre paréntesis en un lugar adecuado dentro o al final de una frase:

*Ejemplos:*

El concepto de derecho natural ha caído en desuso por sus múltiples falencias en su fundamentación (Silva 1976).

Los derechos humanos son exigibles jurídicamente (Díaz y Sánchez 2010).

Las categorías analíticas en derecho son relevantes para la argumentación (López, Castro y Pérez 1998).

- b) Coloque sólo la fecha entre paréntesis:

*Ejemplo:*

Sánchez, Aldana y Fischer (2009) se han preguntado si: “¿Acaso las decisiones de la Corte Constitucional no tienen control?” (p. 96).

Tenga en cuenta que tiene que proporcionar el número(s) de página entre paréntesis para citas directas. No es necesario proporcionar el número de página si está resumiendo o parafraseando una fuente, en lugar de citar.

- c) Integrar el autor y la fecha en su frase:

*Ejemplo:*

En 2009, Robledo y Puerta informaron que, después de analizar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia respecto a los casos de parapolítica, ...

Cuando se cite un documento elaborado por uno o dos autores se debe citar los apellidos en todas las citaciones.

*Ejemplo:*

(Caro & Camacho 2009) o Caro y Camacho (2009)

Cuando se cite un documento elaborado entre 3 y 5 autores se debe citar todos los autores en la primera citación; pero en todas las citas posteriores, se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al.*

*Ejemplo:*

Primera cita: (Aldana, Ramírez y Orozco 2009)

Citas subsiguientes: (Aldana *et al* 2009)

Cuando se cite un documento elaborado por más de seis autores se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al* en todas las citas:

*Ejemplo:*

(Murcia *et al* 2000)

Cuando se cite un documento elaborado por una organización se debe utilizar el nombre completo de dicha organización en la primera cita, sin embargo en las citas posteriores debe utilizarse la abreviatura del nombre de la organización.

*Ejemplo:*

Primera referencia: (Instituto Nacional de Salud [INS] 2005)

Las referencias subsecuentes: (INS 2005)

Cuando se citen dos o más trabajos los mismos se deben referenciar entre paréntesis y se deben ser separados mediante el uso de punto y coma.

*Ejemplo:*

(Aldana, Orozco y Ramírez 2009; Singer 1976).

Cuando cite dos o más trabajos elaborados por el mismo autor basta con indicar los años de elaboración de los documentos en orden cronológico del más reciente al más antiguo:

*Ejemplo:*

(Artunduaga 2005; 1999)

Cuando se cite una cita contenida en otro documento (referencia secundaria) debe indicarse tanto el documento que se cita como aquel de donde se extrae la cita tal como se muestra a continuación:

*Ejemplo:*

La injusticia racial es uno de los factores de riesgo para el adecuado desarrollo de los niños de acuerdo a Cohen *et al* (según la citación hecha en Greenberg, Domitrovich y Bumbarger, 2000).

**Sistema ICONTEC:** se usan notas a pie de página. Las mismas deberán estar numeradas consecutivamente (1, 2, 3, etc.). El número debe aparecer en el texto con superíndice antecediendo al signo de puntuación. Deben aparecer de la siguiente forma:

a) Cuando se refiera a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

b) Cuando se cite un conjunto de páginas de un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.

c) Cuando se refiera a un artículo publicado en una revista científica:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5-56.

d) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en *La Nación*, agosto 30 de 2000, pp. 17-23.

e) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

"El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

f) Cuando se cite a alguien inmediatamente antes citado:

*Ibid.*, p. 23.

g) Cuando se cite a alguien anteriormente citado, pero no inmediatamente:

Roth Deubel, *Políticas Públicas*, op. cit. p. 176.

h) Para otras fuentes, véase el apartado bibliográfico.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Toda la bibliografía citada en el texto mediante el Sistema APA (autor: año), o el Sistema ICONTEC debe ir al final del mismo, respetando los siguientes criterios:

a) Cuando se refiere a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

b) Cuando se refiere a un artículo publicado en revista:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

c) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.

d) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

"El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

e) Documentos electrónicos:

Aguilera Peña, Mario, "Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953", en *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 de 2003, Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)<sup>1</sup>.

- f) Legislación histórica (fuentes primarias): Primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica, luego seguida de una coma, la fuente en la que se encuentra, existiendo 3 opciones. La primera un libro, la segunda una gaceta judicial o cualquier otra compilación normativa y, la tercera, una fuente electrónica disponible en internet.

En caso de un libro, primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica; luego el de los autores, en versalita; seguido el título de la obra en itálica; luego el país, la editorial y el año de la edición. Estos datos estarán separados por comas.

*Ejemplo:*

*Constitución cubana de 1895 de Jimaguayú*, en Lazcano Mazón, Manuel (ed.), *Las constituciones de Cuba. Historia y texto de las constituciones de la República de Cuba*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1952, pp. 25-40.

*Estatuto Real para la convocatoria des las Cortes generales del Reino, mandado observar por S.M. la Reina Gobernadora en 10 del corriente, 1834*, en *Gaceta Madrid*, No. 55, de 16 de abril de 1834, pp. 251-252. (ed.), *Constitutions of the World from the late 18<sup>th</sup> Century to the Middle of the 19<sup>th</sup> Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

*Constitución de Cundinamarca de 30/03/1811*, Santafé de Bogotá, Imprenta Patriótica de D. Nicolás Calvo y Quijano, 1811. Lugar: Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, Sala de Libros Raros y Manuscritos. Ed. Por: Marquardt, Bernd (ed.), "Constitutional Documents of Colombia 1793-1853", en Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18<sup>th</sup> Century to the Middle of the 19<sup>th</sup> Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

- g) Sentencias judiciales:

*Ejemplo:*

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en (páginas de Internet, libros, etc.) (20.04.2009).

1 La norma APA tiene una regla especial cuando el documento electrónico tiene DOI (*Digital Objetive Identification*) pues en este caso, en vez de utilizarse el URL, debe usarse el DOI.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Alejandro Bonivento Fernández, Gaceta Judicial No...., fecha.... Disponible en (página de Internet, libro, etc.) (20.04.2009).

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), en *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009).

**Nota:** En el apartado bibliográfico los libros, artículos y ponencias empleadas en el artículo, deben aparecer ordenados alfabéticamente en orden ascendente según el apellido. Cuando se citen varias publicaciones de un autor, estas se ordenan cronológicamente de la más reciente a la más antigua. Si se citan varias obras del mismo autor de un mismo año, éstas se ordenan agregando al año una letra en orden alfabético. En este listado bibliográfico no se citan las páginas consultadas, sino solo las páginas iniciales y finales de los artículos de revistas, periódicos o capítulos de una obra colectiva (de varios autores).

## 6. NORMAS GENERALES DE PRESENTACIÓN

Al momento de presentar una postulación de un documento el autor o autores deberán completar y firmar una “carta de compromiso” en la que se declara que el artículo no ha sido publicado y que no será presentado de manera simultánea a otra revista mientras permanezca en el proceso de arbitraje.

Todos los autores deberán remitir un archivo adicional con los datos completos de su formación académica, filiación institucional, correo electrónico (institucional y personal) y listado de publicaciones recientes. Además, los autores deberán transferir, a la revista, de forma irrevocable, los derechos de publicación con licencia para copiar, usar, difundir, trasmisir y exponer las obras públicamente, tanto en su versión impresa como en su versión *on line*, ya incluir la revista en diferentes bases de datos en las cuales se encuentre indexada la revista.

Todos los textos serán remitidos al Comité Editorial, el cual designará los árbitros especialistas que realizarán la evaluación académica de los materiales, y quienes no conocerán las identidades de los autores. Una vez evaluados y aprobados los artículos, la revista se comunicará con los autores, y luego iniciará el proceso de corrección de estilo y puesta a punto del material seleccionado.

# Journal Pensamiento Jurídico

## Instructions for authors

1. **EXTENSION OF DOCUMENT:** between 15 and 35 single-spaced pages in Times New Roman, size 12.
2. **STRUCTURE OF DOCUMENT:** It must be structured into three main parts:
  - a) *Content*: minimum structure with three subtitles.
  - b) *Conclusion*: Preliminary conclusion.
  - c) *Bibliography*: It must account for a representative outlook of the experts of the treated subject.

It is responsibility of the author or authors to indicate and cite clearly any fragment that is taken from the work of another author, in the construction of his work. If it does not become like that, it will be considered a plagiarism and the work will be rejected for publication.

3. **GENERAL RULES OF ORGANIZATION OF THE ARTICLE:** the following standards should be considered:
  - a) *Article name* in Spanish and English
  - b) *Name of author (s)* with an asterisk that at footnotes indicates the academic affiliation of the author, the academic formation and field of study in 2 or 3 lines and the respective email..
  - c) *Abstract* in Spanish and English (maximum 50 words).
  - d) *Keywords* in Spanish and English (5 to 8).
  - e) *Titles*. In all cases appear marginalized left, numbered according to the table of contents without weighted, subject to the following rules:
    - 1) Main Titles in bold, size 12, Times New Roman.
    - 2) Secondary Titles in bold, size 10, Times New Roman.
    - 3) Subtitles in italic, size 10, Times New Roman.
  - f) *Numbers*:
    - 1) Numbers footers should appear as superscript BEFORE a dot or a comma if any.

- 2) Writing numbers must correspond with the Castilian rules, the numbering shall bear dot (.) not comma (,) for quantity showing thousands and millions. Meanwhile decimal numbers will be written with comma (,).

Example:

1,000, 10,000, 100,000 or 1,000,000 for the thousands and millions  
52.7, 9.1, 10.5 or 100.0 for decimal.

When the number designates an enumeration will be written in letters.

Example:

In 1990 twenty – four people visited the site, eight of them...

- g) *Graphic elements:* Keep in mind that the inside is printed in black and white, so for the graphic elements (illustrations, maps, charts, tables, etc...) must take reasonable steps to correct interpretation. Gray tones contrasted or utilization of striped or dotted that allow a clear reading or identification.

- 1) The illustrations:

- Charts, tables, photos, maps or other (with their respective numbers, scales, titles and / or captions) may be sent separately, indicating in the text, the location of each. Referrals will be made to the corresponding illustrations in the text.
- The symbols should be clear and distinct from each other. If possible use flat shapes.
- In all cases the title and source of information appears as follows:

Example:

**Table 1.**

(Centered, size 10, Times New Roman)

***Some educational indicators, Mexican Republic***

***1a. Population aged 6-14 years attending school***

***(% Of total population)***

(Centered, bold and italic, size 10, Times New Roman)

Attending School					
Year	1990	1995	1997	1997	1997
Age (years)				Men	Women
<b>6-14</b>	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Source: Report of Work 1998-1999 SEP, Mexico.

- 2) Maps

- a) Submit maps include only the essentials, avoiding excessively busy are drawing or text.
  - b) Each map shall contain in a box located in the upper or lower right corner, the location of the sector at regional / providence / and country level.
  - c) Remember that these images are printed in black and white.
- 3) Graphics
- a) Graphs and diagrams should be properly original quality. It is recommended that in all cases, a computer graphics program to be used. Don't use colors in the diagrams.
  - b) Clarify, in the case of tables, columns and rows that lead to income inner values thereof.

Note that no additions or modifications are permitted once in the process of editing, and typesetting of the document.

#### 4. RULES OF QUOTING

*Pensamiento Jurídico Journal* accepts two sets of citation, the APA system and ICONTEC System. Authors may only use **one** of them in his writings.

**APA System.** When an author or document are cited, in the body of the article you have three options for placing citations in relation to the text is acknowledged.

- a) Place the author (s) and date (s) in brackets in a suitable location within or at the end of a sentence:

*Examples*

The concept of natural law has fallen into disuse because of its many flaws in its reasoning (Silva 1976)

Human rights are legally enforceable (Díaz and Sánchez 2010)

The analytical categories in law are relevant to the argument (Lopez Castro and Perez 1998).

- b) Place only the date in parentheses:

*Example:*

Sanchez, Aldana and Fischer (2009) have questioned “whether the decisions of the Constitutional Court doesn’t have control?” (p. 96).

Note that you must provide the number (s) page in parentheses for direct quotes. They do not require the page number if summarizing or paraphrasing a source, instead of quoting.

- c) Embed author and date your sentence:

*Example:*

In 2009, Robledo and Puerta reported that, after reviewing the decisions of the Supreme Court in parapolitica cases...

When quoting a document prepared by one or two authors should cite the names in all citations

*Example:*

(Caro & Camacho 2009) or Caro and Camacho (2009)

When a document drawn up between 3 and 5 cite authors must cite all authors in the first citation, but in all subsequent citations, use the name of the first author followed by et al.

*Example:*

First quote: (Aldana, Ramirez and Orozco 2009)

Subsequent Appointments: (Aldana et al 2009)

When a document drawn up by more than six authors should use the name of the first author followed by et al in all citations:

*Example:*

(Murcia et al 2000)

When a document prepared by an organization is cited to use the full name of the organization on the first quote, however in subsequent citations the abbreviation of the name of the organization should be used.

*Example:*

First reference: (National Institute of Health [NIH] 2005)

Subsequent references: (NIH 2005)

When two or more works must cite the same reference in brackets and should be separated using semicolons.

*Example:*

(Aldana, Orozco and Ramirez 2009; Singer 1976).

When citing two or more works prepared by the same author just indicate the years of preparing the documents in chronological order from newest to oldest:

*Example:*

(Artunduaga 2005; 1999)

When quoting a quote contained elsewhere (secondary reference) both document that is cited as that from which the quotation is taken as shown below should indicate:

*Example:*

Racial injustice is one of the risk factors for the proper development of children according to Cohen et al (According to the citation made on Greenberg, Domitrovich and Bumbarger, 2000).

**IO System:** page footnotes are used. These shall be consecutively numbered (1, 2, 3, etc.). The number should appear in the text with superscript predating the punctuation. Should appear as follows:

a) When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

b) When a set of pages of a book is cited:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.

c) When referring to an article published in a scientific journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en Revista Internacional de Ciencias Sociales, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5-56.

d) When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en La Nación, agosto 30 de 2000, pp. 17-23.

e) When an article (news type) published in newspapers is cited:

"El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en Vanguardia Liberal, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

f) When you cite someone immediately cited above:

*Ibid.*, p. 23.

- g) When you cite someone previously mentioned, but not immediately:

Roth Deubel, Políticas Públicas, op. cit., p. 176.

- h) For other sources, see bibliography.

## 5. BIBLIOGRAPHY

All references cited in the text by the APA System (author: year), or ISOSystem must go to the end of it, respecting the following criteria:

- a) When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

- b) When referring to an article published in journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en Revista internacional de Ciencias Sociales, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

- c) When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en La Nación, agosto 30 de 2000, p. 7.

- d) When an article (news type) published in newspapers is cited:

"El congreso buscará un acuerdo para el despeje", en Vanguardia Liberal, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

- e) Electronic Documents:

Aguilera Peña, Mario, "Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953", in *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 2003 Digital Publishing website Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)<sup>1</sup>.

- f) Historic legislation (primary sources) must first be written the name of the rule in italics, followed by a comma then the source that is, there are 3 options. The first book, the second a court gazette or any other compilation and regulations, the third an electronic source available on the internet.

1 The APA System has a special rule where the electronic document is DOI (Digital Objective-Identification) as in this case, rather than use the URL, the DOI should be used.

In case of a book, first written the name of the rule in italics, then the authors, in small capitals, followed the title of the work in italics, then the country, publisher and year of publication. These data are separated by commas.

*Example:*

*Cuban Constitution of 1895 of Jimaguayú*, in Lazcano Mazón, Manuel (ed), *The Constitutions of Cuba. History and text of the constitutions of the Republic of Cuba*, Madrid, Editions Cultura Hispánica, 1952, p. 25-40.

*Royal Charter for the convening of the General Cortes of the Kingdom, sent to observe by HM Queen Governor on 10 of the current, 1834*, in *Gaceta Madrid*, No. 55, on April 16, 1834, p. 251-252. (Ed.), *Constitutions of the World from the late 18 th Century to the Middle of the 19 th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-is-i.html> (20.04.2009).

*Constitution of Cundinamarca of 30/03/1811*, Bogota, Imprenta Patriótica de D. Nicolas Calvo y Quijano, 1811. Location: Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, Rare Books and Manuscripts Room. Ed. By: Marquardt, Bernd (ed.), "Constitutional Documents of Colombia 1793 1853" in Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18 th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

g) Court decisions:

*Example:*

Constitutional Court of Colombia, *Judgment T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Available in (websites, books, etc.) (20.04.2009)

Supreme Court, Civil Chamber, MP Bonivento Alejandro Fernández, Judicial Gazzette No. ... date... Available in (website, book, etc.) (20.04.2009)

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), in *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, Judgements of German Federal Constitutional Court, in <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009)

**Note:** In the bibliography section books, articles and papers used in the article, are listed alphabetically in ascending order by name. When an author of several publications are cited, these are ordered chronologically from newest to oldest. If several works by the same author in the same year are cited, they are ordered annually adding a letter in alphabetical order. This bibliographic listing the pages you are not mentioning, but only the start and end of the articles in journals, newspapers or chapters of a collective work (multiple authors) pages.

## 6. GENERAL PRESENTATION TERMS

At the time of filing, an application for a document's author must complete and sign a "compromise document" in which he declares that the article has not been published and will not be submitted simultaneously to another journal so while in the arbitration process.

All authors must submit an additional file with full details of your educational background, institutional affiliation, email (institutional and personal) and list of recent publications. In addition, authors must transfer to the journal, irrevocably, the rights to publish with license to copy, use, disseminated, transmit and display the work publicly, both in print and on its online version, and to include the journal in different databases in which the journal is indexed.

All texts will send to the Editorial Committee, which arbitrators shall appoint specialists conduct academic evaluation of materials, and those who do not know the identities of the authors. Once reviewed and approved the articles, the journal will contact the authors, and then begins the process of proofreading and tuning of the selected material.

# Política de Ética Editorial

La revista define los siguientes criterios y recomendaciones relacionados con la ética en la publicación científica:

## 1. Criterios generales

- 1.1. Los artículos deben contener suficiente detalle y referencias que permitan replicar o rebatir el estudio.
- 1.2. Declaraciones fraudulentas o deliberadamente inexactas constituyen un comportamiento poco ético.
- 1.3. Se deben respetar los derechos de privacidad de los seres humanos.

## 2. Autoría

Criterios:

- 2.1. Un “autor” es la persona que ha hecho una contribución intelectual significativa al artículo, por lo tanto, todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que los reúnan deben ser mencionados de forma explícita.
- 2.2. Se deben cumplir colectivamente tres criterios básicos para ser reconocido como autor:
  - a) Contribución sustancial a la concepción y diseño, adquisición de datos, análisis e interpretación del estudio.
  - b) Redacción o revisión del contenido intelectual.
  - c) Aprobación de la versión final.
- 2.3. El orden de la autoría debe ser una decisión conjunta de los coautores.
- 2.4. Las personas que participen en un estudio pero que no se ajusten a los criterios de autoría deben aparecer como “Colaboradores” o “Personas reconocidas”.
- 2.5. Hay tres tipos de autorías que se consideran inaceptables: autores “fantasma”, que contribuyen sustancialmente pero no son reconocidos (a menudo pagados por promotores comerciales); autores “invitados”, que no hacen ninguna contribución discernible pero se nombran para aumentar las posibilidades

de publicación; y autorías “honorarias”, que se basan únicamente en una afiliación tenue con un estudio.

#### **Recomendaciones:**

- 2.6. Antes de iniciar la investigación se recomienda documentar la función y la forma como se reconocerá la autoría de cada investigador.
- 2.7. No se debe mentir sobre la participación de una persona en la investigación o publicación, si su contribución se considerada “sustancial” se justifica la autoría, bien sea como autor o colaborador.
- 2.8. No se debe asignar una autoría sin contar con el consentimiento de la persona.
- 2.9. Todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que reúnan los requisitos deben aparecer como autores o contribuidores.
- 2.10. Algunos grupos colocan los autores por orden alfabético, a veces con una nota para explicar que todos los autores hicieron contribuciones iguales al estudio y la publicación.

### **3. Cambios en la autoría**

#### **Criterios:**

- 3.1. Hace referencia a la adición, supresión o reorganización de los nombres de autor en la autoría de un artículo aceptado.
- 3.2. Las peticiones de añadir o eliminar un autor, o para reorganizar los nombres de los autores, deben ser enviados por el autor correspondiente del artículo aceptado, y deben incluir:
  - a) La razón por la cual debe ser añadido o eliminado, o los nombres de los autores reorganizado.
  - b) La confirmación por escrito (e-mail) de todos los autores que están de acuerdo con la adición, supresión o reorganización. En el caso de adición o eliminación de los autores, esto incluye la confirmación de que el autor sea añadido o eliminado

### **4. Conflicto de intereses**

#### **Criterios:**

4.1. Cuando un investigador o autor, editor tenga alguna opinión o interés financiero/personal que pueda afectar su objetividad o influir de manera inapropiada en sus actos, existe un posible conflicto de intereses. Este tipo de conflictos pueden ser reales o potenciales.

4.2. Los conflictos de intereses más evidentes son las relaciones financieras, como:

- a) Directas: empleo, propiedad de acciones, becas, patentes.
- b) Indirectas: honorarios, asesorías a organizaciones promotoras, la propiedad de fondos de inversión, testimonio experto pagado.

4.3. Los conflictos también pueden existir como resultado de relaciones personales, la competencia académica y la pasión intelectual. Por ejemplo, un investigador que tenga:

- a) Algún tipo de interés personal en los resultados de la investigación.
- b) Opiniones personales que están en conflicto directo con el tema que esté investigando.

### **Recomendaciones:**

4.4. Revelar si se está en algún conflicto real o potencial de intereses que influya de forma inapropiada en los hallazgos o resultados del trabajo presentado, dentro de los tres (3) años de haber empezado el trabajo presentado que podría influir indebidamente (sesgo) el trabajo.

4.5. Revelar el papel de un promotor (o promotores) del estudio, si los hubiere, en el diseño del estudio, en la recopilación, análisis e interpretación de los datos, en la redacción del informe y en la decisión de presentar el documento para su publicación.

4.6. Los investigadores no deben entrar en acuerdos que interfieran con su acceso a todos los datos y su capacidad de analizarlos de forma independiente, y de preparar y publicar los manuscritos.

4.7. Al presentar un documento, se debe hacer una declaración (con el encabezamiento “Papel que ha tenido la fuente de financiación”) en una sección separada del texto y colocarse antes de la sección “Referencias”.

4.8. Algunos ejemplos de posibles conflictos de intereses que deben ser revelados, incluyen: empleo, consultoría, propiedad de acciones, honorarios, testimonio experto remunerado, las solicitudes de patentes / registros y subvenciones u otras financiaciones.

- 4.9. Todas las fuentes de apoyo financiero para el proyecto deben ser revelados.
- 4.10. Se debe describir el papel del patrocinador del estudio.

## 5. Publicación duplicada

### Criterios:

- 5.1. Los autores tienen la obligación de comprobar que su artículo sea basado en una investigación original (nunca publicada anteriormente). El envío o reenvío intencional de su trabajo para una publicación duplicada se considera un incumplimiento de la ética editorial.
- 5.2. Se produce una publicación duplicada o múltiple cuando dos o más artículos, sin hacerse referencias entre sí, comparten esencialmente las mismas hipótesis, datos, puntos de discusión y/o conclusiones. Esto puede ocurrir en diferentes grados: Duplicación literal, duplicación parcial pero sustancial o incluso duplicación mediante parafraseo.
- 5.3. Uno de los principales motivos por los que la publicación duplicada de investigaciones originales se considera no ético es porque puede dar lugar a una “ponderación inadecuada o a un doble recuento involuntario” de los resultados de un estudio único, lo que distorsiona las pruebas disponibles.

### Recomendaciones:

- 5.4. Los artículos enviados para su publicación deberán ser originales y no deberán haberse enviado a otra editorial. En el momento del envío, los autores deberán revelar los detalles de los artículos relacionados (también cuando estén en otro idioma), artículos similares en prensa y traducciones.
- 5.5. Aunque un artículo enviado esté siendo revisado y no conozca el estado, debe esperar a que el equipo de la revista informe antes de ponerse en contacto con otra revista, y sólo si la otra editorial no publicará el artículo.
- 5.6. Evite enviar un artículo previamente publicado a otra revista.
- 5.7. Evite enviar artículos que describan esencialmente la misma investigación a más de una revista.
- 5.8. Indique siempre los envíos anteriores (incluidas las presentaciones de reuniones y la inclusión de resultados en registros) que pudieran considerarse una publicación duplicada.

- 5.9. Evite escribir sobre su propia investigación en dos o más artículos desde diferentes ángulos o sobre diferentes aspectos de la investigación sin mencionar el artículo original.
- 5.10. Se considera manipulador crear varias publicaciones a raíz de la misma investigación.
- 5.11. En el momento del envío, indique todos los detalles de artículos relacionados en un idioma diferente y las traducciones existentes.

## **6. Reconocimiento de las fuentes**

### **Criterios:**

- 6.1. Los autores deben citar las publicaciones que han sido influyentes en la determinación de la naturaleza del trabajo presentado.
- 6.2. Información obtenida de forma privada, no debe ser usada sin explícito permiso escrito de la fuente.
- 6.3. La reutilización de las tablas y/o figuras requiere del permiso del autor y editor, y debe mencionarse de manera adecuada en la leyenda de la tabla o figura.
- 6.4. La información obtenida en el transcurso de servicios confidenciales, tales como manuscritos arbitrales o las solicitudes de subvención, no debe ser utilizada sin el permiso explícito y por escrito del autor de la obra involucrada en dichos servicios.

## **7. Fraude científico**

### **Criterios:**

- 7.1. El fraude en la publicación científica hace referencia a la presentación de datos o conclusiones falsas que no fueron generados a través de un proceso riguroso de investigación.
- 7.2. Existen los siguientes tipos de fraude en la publicación de resultados de investigación:
- a) Fabricación de datos. Inventar datos y resultados de investigación para después comunicarlos.
  - b) Falsificación de datos. La manipulación de materiales de investigación, imágenes, datos, equipo o procesos. La falsificación incluye la modificación u omisión de datos o resultados de tal forma que la investigación

no se representa de manera precisa. Una persona podría falsificar datos para adecuarla al resultado final deseado de un estudio.

### **Recomendaciones:**

- 7.3. Antes de enviar un artículo, lea cuidadosamente las políticas editoriales y de datos de la revista.
- 7.4. Nunca modifique, cambie u omita datos de forma intencional. Esto incluye materiales de investigación, procesos, equipos, tablas, citas y referencias bibliográficas.
- 7.5. Tanto la fabricación como la falsificación de datos son formas de conducta incorrecta graves porque ambas resultan en publicaciones científicas que no reflejan con precisión la verdad observada.
- 7.6. El autor debe hacer una gestión adecuada de los datos que soportan la investigación, teniendo especial cuidado en la recopilación, producción, conservación, análisis y comunicación de los datos.
- 7.7. Mantenga registros minuciosos de los datos en bruto, los cuales deberán ser accesibles en caso de que un editor los solicite incluso después de publicado el artículo.

## **8. Plagio**

### **Criterios:**

- 8.1. El plagio es una de las formas más comunes de conducta incorrecta en las publicaciones, sucede cuando uno de los autores hace pasar como propio el trabajo de otros sin permiso, mención o reconocimiento. El plagio se presenta bajo formas diferentes, desde la copia literal hasta el parafraseado del trabajo de otra persona, incluyendo: datos, ideas, conceptos, palabras y frases.
- 8.2. El plagio tiene diferentes niveles de gravedad, como por ejemplo:
  - a) Qué cantidad del trabajo de otra persona se tomó (varias líneas, párrafos, páginas, todo el artículo)
  - b) Qué es lo que se copió (resultados, métodos o sección de introducción)
- 8.3. El plagio en todas sus formas constituye una conducta no ética editorial y es inaceptable.

8.4. La copia literal solo es aceptable si indica la fuente e incluye el texto copiado entre comillas.

#### **Recomendaciones:**

8.5. Recuerde siempre que es esencial reconocer el trabajo de otros (incluidos el trabajo de su asesor o su propio trabajo previo) como parte del proceso.

8.6. No reproduzca un trabajo palabra por palabra, en su totalidad o en parte, sin permiso y mención de la fuente original.

8.7. Mantenga un registro de las fuentes que utiliza al investigar y dónde las utilizó en su artículo.

8.8. Asegúrese de reconocer completamente y citar de forma adecuada la fuente original en su artículo

8.9. Incluso cuando haga referencia a la fuente, evite utilizar el trabajo de otras personas palabra por palabra salvo que lo haga entre comillas.

8.10. El parafraseado solo es aceptable si indica correctamente la fuente y se asegura de no cambiar el significado de la intención de la fuente.

8.11. Incluya entre comillas y cite todo el contenido que haya tomado de una fuente publicada anteriormente, incluso si lo está diciendo con sus propias palabras.

### **9. Fragmentación**

#### **Criterios:**

9.1. La fragmentación consiste en dividir o segmentar un estudio grande en dos o más publicaciones.

9.2. Como norma general, con tal de que los “fragmentos” de un estudio dividido compartan las mismas hipótesis, población y métodos, no se considera una práctica aceptable.

9.3. El mismo “fragmento” no se debe publicar nunca más de una vez. El motivo es que la fragmentación puede dar lugar a una distorsión de la literatura existente.

#### **Recomendaciones:**

9.4. Evite dividir inapropiadamente los datos de un solo estudio en dos o más trabajos.

9.5. Cuando presente un trabajo, sea transparente. Envíe copias de los manuscritos estrechamente relacionados al manuscrito en cuestión. Esto incluye manuscritos publicados, enviados recientemente o ya aceptados.

## 10. Corrección de artículos publicados

### Criterio:

Cuando un autor descubre un error o inexactitud significativa en el trabajo publicado, es obligación del autor notificar de inmediato a la revista y cooperar en el proceso de corrección.

# Editorial Ethics Policy

The journal defines the following criteria and recommendations related to ethics in scientific publication:

## 1. General criteria

- 1.1. The articles must contain sufficient detail and references to permit replicate or refute the study.
- 1.2. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behavior.
- 1.3. You must respect the privacy rights of human beings.

## 2. Authorship

### Criteria:

- 2.1. An “author” is the person who has made a significant intellectual contribution to the article, therefore, all persons named as authors should qualify for authorship, and all those who meet should be mentioned explicitly.
- 2.2. They must collectively meet three basic criteria to be recognized as author:
  - a) Contribution: substantial contributions to conception and design, data acquisition, analysis and interpretation of the study.
  - b) drafting or revision of intellectual content.
  - c) Approval of the final version.
- 2.3. The order of authorship should be a joint decision of the coauthors.
- 2.4. Persons participating in a study but do not meet the criteria for authorship must be listed as “Partners” or “recognized persons”.
- 2.5. There are three types of authorship that are considered unacceptable: authors “ghost”, which contribute substantially but are not recognized (often paid by commercial developers); authors “guests” who make no discernible contribution but are named to increase the chances of publication; and authorship “honorary”, which are based solely on a tenuous affiliation with a study.

### Recommendations:

- 2.6. Before starting the research it is recommended to document the function and how the responsibility of each researcher will be recognized.
- 2.7. Do not lie on the participation of a person in research or publication, if their contribution is considered “substantial” authorship is justified, either as author or collaborator.
- 2.8. You do not assign authorship without the consent of the person.
- 2.9. All persons named as authors should qualify for authorship, and all those who qualify should be listed as authors or contributors.
- 2.10. Some groups put the authors in alphabetical order, sometimes with a note explaining that all authors made equal contributions to the study and publication.

### **3. Changes in authorship**

**Criteria:**

- 3.1. It refers to the addition, deletion or rearrangement of author names in the author of an accepted article.
- 3.2. Requests to add or remove an author, or to rearrange the names of the authors should be sent by the corresponding author of a paper accepted, and should include:
  - a) The reason why the the names of the authors should be added, deleted or reorganized.
  - b) The written confirmation (e-mail) of all authors agree with the addition, deletion or reorganization. In the case of addition or removal of the authors, this includes confirmation that the author is added or removed.

### **4. Conflict of interests**

**Criteria:**

- 4.1. When a researcher or author, publisher have any opinion or financial / personal interest that could affect their objectivity or improperly influence their acts, there is a potential conflict of interest. Such conflicts can be real or potential.
- 4.2. The most obvious conflicts of interest are financial relations, such as:

- a) Direct: employment, stock ownership, grants, patents.
  - b) Indirect: fees, consulting promoting organizations, property of investment funds, pay for expert testimony.
- 4.3. Conflicts can also occur as a result of personal relationships, academic competition and intellectual passion. For example, a researcher who has:
- a) any personal interest in the outcome of the investigation.
  - b) Personal opinions that are in direct conflict with the topic they are researching.
- Recommendations:**
- 4.4. Disclose if you are in any real or potential conflict of interest that inappropriately influence on the findings or results of the work presented, within three (3) years of beginning the work presented that could unduly (bias) influence the work.
  - 4.5. Reveal the role of a promoter (s) of the study, if any, in study design; in the collection, analysis and interpretation of data, writing the report and the decision to submit the paper for publication.
  - 4.6. Researchers must not enter into agreements that interfere with their access to all data and its ability to analyze it independently, and to prepare and publish manuscripts.
  - 4.7. When submitting a document, you must make a statement (with the heading "Paper that has been the source of financing") in a separate text and placed before the "References" section.
  - 4.8. Some examples of potential conflicts of interest that must be disclosed, including: employment, consultancies, stock ownership, honoraria, paid expert testimony, patent applications / registrations and grants or other funding.
  - 4.9. All sources of financial support for the project must be disclosed.
  - 4.10. You must describe the role of the study sponsor.

## 5. Publication duplicate

**Criteria:**

- 5.1. The authors are required to check that their articles are based on original research (never published before). Sending or forwarding his work intentionally for a duplicate publication is considered a breach of editorial ethics.
- 5.2. A duplicate or multiple publication occurs when two or more items, without making references to each other, essentially share the same hypothesis, data, discussion points and / or conclusions. This can occur in varying degrees: literal Duplication, partial duplication but substantial or even by paraphrasing.
- 5.3. One of the main reasons that duplicate publication of original research is considered unethical is because it can lead to an “inadequate weight or inadvertent double counting” of the results of a single study, which distorts the available evidence.

#### **Recommendations:**

- 5.4. Articles submitted for publication must be original and should not have been sent to another publisher. At the time of shipment, authors should disclose details of related items (also when they are in another language), like newspaper articles and translations.
- 5.5. Although a paper submitted is being reviewed and does not know the state of it, you must wait for the journal's report before contact with another journal, and only if the other publisher does not publish the article.
- 5.6. Avoid submitting an article previously published in another journal.
- 5.7. Avoid sending articles describing essentially the same research to more than one journal.
- 5.8. Always state the previous submission (including meeting presentations and the inclusion of results in registries) that could be considered a duplicate publication.
- 5.9. Avoid writing about his own investigation into two or more items from different angles or different aspects of the investigation not to mention the original article.
- 5.10. It is considered manipulative create multiple publications as a result of the same investigation.
- 5.11. At the time of shipment, specify every detail of articles in a different language and existing translations.

## 6. Recognition of sources

### Criteria:

- 6.1. Authors must cite publications that have been influential in determining the nature of the work presented.
- 6.2. Information obtained privately must not be used without express written permission from the source.
- 6.3. The reuse of tables and / or figures requires the permission of the author and editor, and must be mentioned properly in the legend of the table or figure.
- 6.4. The information obtained in the course of confidential services, such as arbitration manuscripts or grant applications must not be used without the express written permission of the author of the work involved in such services.

## 7. Scientific Fraud

### Criteria:

- 7.1. Fraud in scientific publication refers to the submission of false data or conclusions that were not generated through a rigorous screening process.
- 7.2. There are the following types of fraud in the publication of research results:
  - a) Manufacture of data. Invent data and research results and then communicate.
  - b) Falsification of data. Manipulating research materials, images, data, equipment or processes. Counterfeiting includes modification or omission of data or results such that the research is not accurately represented. A person could falsify data to suit the desired study outcome.

### Recommendations:

- 7.3. Before submitting an article, please read the editorials and journal data policies.
- 7.4. Never alter, change or omit information intentionally. This includes research materials, processes, equipment, tables, citations and references.
- 7.5. Both manufacturing and data falsification are forms of serious misconduct because both result in scientific publications that do not accurately reflect the observed truth.

7.6. The author must make a proper data management that support the investigation, taking special care in the collection, production, storage, analysis and reporting of data.

7.7. Keep careful records of raw data, which must be accessible in case of an editor's request even after publication of the article.

## **8. Plagiarism**

### **Criteria:**

8.1. Plagiarism is one of the most common forms of misconduct in publications, it happens when an author poses as their own the work of others without permission, mention or recognition. Plagiarism occurs in different forms, from the literal to the paraphrased copy of another person's work, including: information, ideas, concepts, words and phrases.

8.2. Plagiarism has different severity levels, such as:

- a) How much of someone else's work took (several lines, paragraphs, pages, whole article)
- b) What is it was copied (results, methods or input section)

8.3. Plagiarism in all its forms constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.

8.4. Verbatim copying is only acceptable if it indicates the source and include the copied text in quotes.

### **Recommendations:**

8.5. Always remember that it is essential to recognize the work of others (including work your adviser or their own previous work) as part of the process.

8.6. Do not replicate a work, word by word, in whole or in part without permission and reference to the original source.

8.7. Keep track of the sources used to investigate and where used in his article.

8.8. Be sure to fully recognize and properly cite the original source in his article.

8.9. Even when you reference the source, avoid using other people's work word by word unless you do it in quotes.

8.10. The paraphrase is only acceptable if properly indicates the source and make sure not to change the intended meaning of the source.

8.11. Include quotes and cite all the content is taken from a published source above, even if it is saying in their own words.

## **9. Fragmentation**

### **Criteria:**

9.1. Fragmentation is to divide or segment a large study in two or more publications.

9.2. As a general rule, provided that the “fragments” of a study divided share the same assumptions, population and methods, it is not considered an acceptable practice.

9.3. The same “fragment” should never post more than once. The reason is that fragmentation can lead to distortion of the existing literature.

### **Recommendations:**

9.4. Avoid improperly split the data from a single study in two or more works.

9.5. When submitting a job, be transparent. Send copies of manuscripts closely related to the manuscript in question. This includes manuscripts published recently accepted or already sent.

## **10. Correction of published articles**

### **Criteria:**

When an author discovers a significant error or inaccuracy in the published work, the author is obliged to immediately notify the magazine and cooperate in the process of correction.



# Reflexiones sobre la teoría de la justicia, el derecho y la investigación criminal

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales  
“Gerardo Molina” – UNIJUS

Aproximación al concepto del principio de justicia universal

*Approximation to the concept of the principle of universal*

Mayra Alexandra Valencia Aragón

Una idea de justicia: Estado, Democracia y Participación

*An idea of justice: State, Democracy and Participationn*

Daniel Fernando Cruz Cubillos, Sergio Alejandro Silva Vargas y David Valderrama Arciniegas

Análisis de la tendencia unificadora del régimen de responsabilidad civil a partir de la protección ex constitutione del consumidor colombiano

*Analysis of the unifying trend of the civil liability regime based on the ex constitutione protection of the Colombian consumer*

Marcos Rodríguez Puentes

Entre la norma y la justicia: excepciones al debido proceso

*Between the norm and justice: exceptions to due process*

Carlos Manuel Rosales

¿Puede el Congreso reformar la configuración constitucional de la Jurisdicción Especial para la Paz? Hacia una teoría sobre los límites implícitos del poder de reforma constitucional en las transiciones políticas

*Can Congress reform the constitutional configuration of the Special Jurisdiction for Peace? Towards a theory on the implicit limits of the power of constitutional reform in political transitions*

David Fernando Cruz Gutiérrez

Epistemología del compliance como criterio de funcionamiento social y empresarial

*Epistemology of compliance as a criterion of social and business functioning*

Juan Camilo Rojas Arias

La responsabilidad del Estado colombiano por la falla en la detección temprana de enfermedades auditivas

*Responsibility of the Colombian State for the failure in the early detection of auditory diseases*

William Eugene Ulrich Astaiza

Priorización, contextos y patrones de macrocriminalidad: estrategia de investigación en el marco de la justicia transicional en Colombia

*Prioritization, contexts and macrocriminality patterns: investigation' strategy in the framework of the transitional justice in Colombia*

Juan Pablo Cardona Chaves

ISSN: 0122-1108



9 770122 110000