

Berónica Narvárez Mercado

Editora/compiladora

Colección Derechos Humanos y Construcción de Paz

**Aportes del Consultorio Jurídico y
Centro de Conciliación de CECAR
en la resolución de conflictos, años
2018-2020**



CECAR
Corporación Universitaria del Caribe

Aportes del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR en la resolución de conflictos, años 2018-2020

Berónica Narváez Mercado
Editora/compiladora

Autores

<i>José Pablo Arrieta Oviedo</i>	<i>Yeison Enrique Sierra Ospina</i>
<i>Elida Rosa Parra Castro</i>	<i>Olga Lucy Olascoaga Furnieles</i>
<i>Nubia Elena Valdelamar Támara</i>	<i>Stefanny Paternina Pérez</i>
<i>Edgardo Tadeo Lorduy Viloria</i>	<i>Linda Palacios Vásquez</i>
<i>Gunkell Romero Gutiérrez</i>	<i>José Márquez Vergara</i>
<i>Jaime Navarro Galindo</i>	<i>María Rosa Barbosa</i>
<i>Berenice Albis Salas</i>	<i>Berónica Narváez Mercado</i>
<i>Natalia García Hernández</i>	<i>Juan Miguel Mercado Toledo</i>
<i>Teresa Magnolia Rodríguez Preciado</i>	<i>Mónica Marcela Mendoza Humánez</i>
<i>Natasha Ekaterina Rojas Maldonado</i>	<i>David José Morales Pastrana</i>
<i>Jesús David Tirado Montiel</i>	<i>Ana María Barbosa</i>
<i>Bertha Marina Flórez Gómez</i>	<i>Iván Bermúdez Caviedes</i>
<i>Vanessa Patricia Alean Oviedo</i>	<i>Solange C. Nugoli</i>
<i>Jorge Armando Valdelamar Montes</i>	<i>Laura Hernández Dager</i>
<i>Katia Marcela Palencia Sánchez</i>	<i>Alonso Cortina Acevedo</i>
<i>Jaime Rodrigo Rambao Hernández</i>	<i>María de la Encarnación Reyes</i>



2022

Este libro es producto resultado de investigación, evaluado bajo el sistema doble ciego por pares académicos.

Corporación Universitaria del Caribe–CECAR

Rectora

Lidia Flórez de Albis

Vicerrectora Académica

María Eugenia Vides

Vicerrectora de Extensión y Relaciones Interinstitucionales

Liliana Patricia Álvarez Ruiz

Directora de Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación CECAR

Katia Palencia Sánchez

Coordinador Editorial CECAR

Jorge Luis Barboza

Editorial.cecar@cecar.edu.co

<https://libros.cecar.edu.co/index.php/CECAR>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2956-6070>

Colección Derechos Humanos y Construcción de Paz

© 2022. Aportes del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR en la resolución de conflictos, años 2018-2020.

ISBN: 978-628-7515-10-9 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.21892/9786287515109>

Editora/compiladora: Berónica Narváez Mercado.

Autores: José Pablo Arrieta Oviedo, Elida Rosa Parra Castro, Nubia Elena Valdelamar Támara, Edgardo Tadeo Lorduy Viloría, Gunkell Romero Gutiérrez, Jaime Navarro Galindo, Berenice Albis Salas, Natalia García Hernández, Teresa Magnolia Rodríguez Preciado, Natasha Ekaterina Rojas Maldonado, Jesús David Tirado Montiel, Bertha Marina Flórez Gómez, Vanessa Patricia Alean Oviedo, Jorge Armando Valdelamar Montes, Katia Marcela Palencia Sánchez, Jaime Rodrigo Rambao Hernández, Yeison Enrique Sierra Ospina, Olga Lucy Olascoaga Furnieles, Stefanny Paternina Pérez, Linda Palacios Vásquez, José Márquez Vergara, María Rosa Barbosa, Berónica Narváez Mercado, Juan Miguel Mercado Toledo, Mónica Marcela Mendoza Humánez, David José Morales Pastrana, Ana María Barbosa, Iván Bermúdez Caviedes, Solange C. Nugoli, Laura Hernández Dager, Alonso Cortina Acevedo, María de la Encarnación Reyes.

Sincelejo, Sucre, Colombia.

Aportes del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR en la resolución de conflictos, años 2018-2020 / editora, compiladora, Berónica Narváez Mercado ; autores, José pablo Arrieta Oviedo ... [y otros treinta y uno]. -- Sincelejo : Editorial CECAR, ©2022.

300 páginas : figuras, tablas

Colección Derechos Humanos y Construcción de Paz

Incluye referencias al final de cada capítulo.

ISBN: 978-628-7515-10-9 (Digital)

1. Conciliación -- Legislación -- Colombia -- 2. Derecho de familia -- Colombia 3. Solución de conflictos 4. Acción de tutela -- Colombia 5. Derecho constitucional -- Colombia 6. Prueba 7. Procedimiento civil 8. Penas -- Colombia 9. Acoso laboral - Colombia 10. Seguridad social en salud - Colombia I. Autor II. Título.

303.3728613 A644 2022

CDD 22 ed.

CEP - Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Biblioteca Central - COSiCUC

Tabla de Contenido

<i>Introducción</i>	6
---------------------------	---

CAPÍTULO 1

<i>La efectividad de la conciliación en los procesos de fijación de cuota de alimentos. Estudio de casos desde el centro de conciliación de CECAR, Sincelejo durante los años 2018 y 2019</i>	12
---	----

José Pablo Arrieta Oviedo, Elida Rosa Parra Castro,
Nubia Elena Valdelamar Támara

CAPÍTULO 2

<i>La utilidad del derecho de petición como mecanismo de solución pacífica y directa de los conflictos, desde la práctica del Consultorio Jurídico de CECAR, años 2017- 2019</i>	39
--	----

Edgardo Tadeo Lorduy Viloría, Gunkell Romero Gutiérrez

CAPÍTULO 3

<i>Excepcionalidad de la acción de tutela contra providencias judiciales: el caso del Circuito Judicial de Sincelejo</i>	62
--	----

Jaime Navarro Galindo, Berenice Albis Salas

CAPÍTULO 4

<i>Juez competente en juicios de anotación y rectificación de actas de registro civil, en Jalisco, México. Enfoque en el XII partido judicial</i>	105
---	-----

Natalia García Hernández, Teresa Magnolia Rodríguez Preciado,
Natasha Ekaterina Rojas Maldonado

CAPÍTULO 5

***Aplicación del principio de contradicción y principio de igualdad de las partes en la aducción de un dictamen pericial al proceso civil según el Código General del Proceso Colombiano*..... 128**

Jesús David Tirado Montiel, Bertha Marina Flórez Gómez,
Vanessa Patricia Alean Oviedo

CAPÍTULO 6

***Desafíos en la implementación de la Ley 1996 de 2019 para el reconocimiento de la capacidad jurídica de personas con discapacidad mental en Colombia. Un cambio de paradigma....* 156**

Jorge Armando Valdelamar Montes, Katia Marcela Palencia Sánchez,
Jaime Rodrigo Rambao Hernández, Yeison Enrique Sierra Ospina

CAPÍTULO 7

***Incidencia de los factores psicosociales en la imposición de la pena por parte de los jueces de conocimiento de la ciudad de Sincelejo- Sucre, entre los años 2018 y 2019.....* 179**

Olga Lucy Olascoaga Furnieles, Stefanny Paternina Pérez,
Linda Palacios Vásquez

CAPÍTULO 8

***Acoso laboral o mobbing en el marco de la Ley 1010 de 2006 del ordenamiento jurídico colombiano*..... 205**

José Márquez Vergara, María Rosa Barbosa,
Berónica Narváez Mercado

CAPÍTULO 9

***Vicisitudes de los traslados de regímenes pensionales en Colombia*..... 225**

Juan Miguel Mercado Toledo, Mónica Marcela Mendoza Humánez

CAPÍTULO 10

Sana competencia en el mercado nacional colombiana y la economía colaborativa en el caso UBER 246

David José Morales Pastrana, Ana María Barbosa,
Iván Bermúdez Caviedes

CAPÍTULO 11

La reforma del Código Civil y Comercial de la República Argentina y sus implicaciones en los derechos de los pasajeros del contrato de transporte aéreo 263

Solange C. Nugoli

CAPÍTULO 12

Aprendizaje servicio en la intervención sociojurídica de la problemática ambiental. Estudio de caso: estudiantes de Consultorio Jurídico en la comunidad del barrio San Pedro, Cartagena, Colombia 284

Laura Hernández Dager, Alonso Cortina Acevedo,
María de la Encarnación Reyes

El rol del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR en el departamento de Sucre, pretende determinar el papel que juega este consultorio jurídico en el desarrollo y la calidad de vida de todos los habitantes del departamento de Sucre, siendo una oficina con las puertas abiertas ubicada en la capital Sincelejo; pero con brigadas jurídicas realizadas constantemente a todos los municipios del departamento, trasladándose así todos los funcionarios con la finalidad de ofrecer y prestar los servicios que legalmente pueden realizar, cumpliendo así con un precepto constitucional y dándole desarrollo a una proyección social determinante.

La sociedad contemporánea se transforma de manera acelerada y las dinámicas plantean la búsqueda de nuevas y mejores estrategias para hacer frente a los procesos de cambios así como a las posibilidades de desarrollo social sostenible, en este contexto la obra colectiva que hoy presentamos a la comunidad académica de la Corporación Universitaria del Caribe, CECAR y, en general, a todos los interesados en el estudio del Derecho es la secuencia de las publicaciones del equipo de docentes, investigadores, estudiantes, egresados, especialistas, magísteres y doctores que conforman nuestra red académica de conocimiento, con el propósito de contribuir en el desarrollo de la investigación científica jurídica y sociojurídica en la Colección Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR.

Libro resultado de investigación, producto del desarrollo del proyecto de convocatoria interna de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, titulado: *El rol del Consultorio Jurídico, Centro de Conciliación y Centro de Atención a Víctimas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, en la Construcción de Paz y Acceso a la Justicia en Sucre, Colombia*. Este presenta los aportes del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR en la resolución

Introducción

de conflictos, años 2018-2020, contando con investigaciones inéditas de las instituciones: Universidad de Guadalajara, México, Universidad Nacional de la Plata, Argentina, Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes de Sincelejo, Universidad Simón Bolívar, Universidad del Norte, Corporación Universitaria Antonio José de Sucre y Universidad del Sinú, Seccional Cartagena, y Docentes, Egresados y Especialistas de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR.

Partiendo de *La efectividad de la conciliación en los procesos de fijación de cuota de alimentos*, constituida como una herramienta muy importante porque con ella se puede resolver un conflicto sin necesidad de judicializarlo, referente a la fijación, disminución, aumento o exoneración de cuota de alimentos, a favor de los hijos, los padres, los cónyuges o compañeros permanentes, los hermanos y demás personas que establece el artículo 411 del Código Civil; asimismo, porque en caso de no resolver el conflicto, permite agotar el requisito de procedibilidad exigido por la ley para acudir a la justicia ordinaria.

Complementado con *La utilidad del derecho de petición como mecanismo de solución pacífica y directa de los conflictos*, el cual por su naturaleza misma nace, es y se consolida como la primera herramienta jurídica llamada a ser utilizada para poder llegar a una solución pacífica y directa de los conflictos suscitados entre quien ejerce el derecho de petición y quien está en legitimación pasiva de recibirla, y la *Excepcionalidad de la acción de tutela contra providencias judiciales: el caso del Circuito Judicial de Sincelejo*, las causas principales por las cuales se declara la improcedencia de la acción de tutela en el departamento de Sucre son el no cumplimiento del requisito de inmediatez y la falta de agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. Este último de vital importancia pues refleja la naturaleza de la acción de tutela como mecanismo subsidiario y residual dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Contrarrestando lo anterior, con la posición del *Juez competente en juicios de anotación y rectificación de actas de registro civil, en Jalisco, México, bajo el Enfoque en el XII partido judicial*, tomando en cuenta que tal competencia genera un obstáculo en el pleno acceso a la justicia para aquellas personas que les resulta indispensable la modificación de acta de registro civil para el ejercicio de determinados derechos humanos y que, por diversas razones, reside en lugar diferente al de su asentamiento,

Introducción

vulnerando con la citada competencia su esfera jurídica, en su estado civil, filiación, patrimonio y derechos sociales. Caso contrario a la *Aplicación del principio de contradicción y principio de igualdad de las partes en la aducción de un dictamen pericial al proceso civil según el Código General del Proceso Colombiano*, estudio que se fundamentó en el análisis de documentos doctrinales y jurisprudenciales de los cuales se puede concluir que la partes que carezca de recursos económicos para aportar una prueba pericial, en determinado momento puede ver afectado su derecho de igualdad y contradicción frente a la otra que seguramente si cuenta con los recursos económicos para sufragarlos, no obstante, consagrar nuestro estatuto procesal el amparo de pobreza.

Y en materia penal con fines de reinserción social, la *Incidencia de los factores psicosociales en la imposición de la pena por parte de los jueces de conocimiento de la ciudad de Sincelejo- Sucre, entre los años 2018 y 2019*, donde se entrevistaron a 80 de las personas condenadas y reclusas en este centro carcelario y penitenciario, además, se utilizó la entrevista semiestructurada para indagar sobre las dimensiones personales, familiares, laborales, académicas, sociales y de servicios públicos domiciliarios que hacían parte de la vida de los sujetos de muestra antes de la comisión de delitos y que afectaron su comportamiento e incidieron en la comisión de los mismos y por otro lado, se entrevistó a uno de los dos jueces de ejecución de penas que existen en Sincelejo para conocer el tratamiento penitenciario que se le da al condenado y revisar que este supla las deficiencias en las dimensiones analizadas en la entrevista a los condenados

Otro gran aporte es la presentación de los desafíos para el reconocimiento de la capacidad jurídica de personas con discapacidad mental en Colombia, que elimina del ordenamiento jurídico interno la figura de la interdicción judicial, mecanismo tradicionalmente utilizado para la sustracción de la capacidad jurídica y sustitución de la voluntad de quienes padecían algún tipo de discapacidad mental, lo que supone un cambio de paradigma frente a la tradición jurídica civil colombiano, vigente desde hace 200 años.

Además, se genera una mirada al derecho laboral partiendo del análisis al *Acoso laboral o mobbing en el marco del ordenamiento jurídico colombiano*, a través de una investigación jurídico dogmática, descriptiva, logrando evidenciar la ineficacia de la norma cuando no se concilia y se

Introducción

acude a las autoridades estatales; a su vez, la aplicabilidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos ya que a través de ellos se busca el cumplimiento de los derechos ciertos e irrenunciables del empleado y nunca pudiéndose debatir sobre ellos más allá de la forma de pago y de las indemnizaciones a su favor y la eficiencia que estos mecanismos tienen en orden jurídico y, las Vicisitudes de los traslados de regímenes pensionales en Colombia ya que con la expedición de la ley 100 de 1993 se dio un giro al sistema de pensiones en Colombia, al permitir poner en práctica el importante principio de la Seguridad Social de brindar a las personas la posibilidad de poder decidir entre los dos subsistemas de régimen de pensión que esta ley había traído consigo, como lo son el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD-, permitiendo a las personas analizar los requisitos de cada uno de estos subsistemas y así escoger acorde a lo que querían y fuera más beneficioso para su futuro.

Y en su rol de velar por los derechos de los consumidores, se plantea un parangón entre la *Sana competencia en el mercado nacional colombiano y la economía colaborativa en el caso UBER*, ya que para el servicio de transporte público en Colombia los entes competentes son el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transportes, los encargados de llevar el control, vigilancia y seguimiento de las empresas dedicadas al transporte de personas en nuestro país a nivel nacional y a nivel municipal y distrital estarían los Alcaldes Municipales o Distritales o los organismos que estos deleguen, pero si por el contrario definimos a Uber como ellos mismos se autodenominan como empresa tecnológica, intermediaria entre conductores particulares y pasajeros, entraría a jugar un papel importante para diseñar, adoptar y promover las políticas, planes y programas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Agencia Nacional del Espectro (ANE).

Y en derecho comparado *La reforma del Código Civil y Comercial de la República Argentina y sus implicaciones en los derechos de los pasajeros del contrato de transporte aéreo*, como consecuencia de los nuevos vínculos normativos que ligan al contrato de transporte aéreo de pasajeros y los derechos de estos como partes de este contrato de consumo, que regula la responsabilidad del transportista aéreo frente a los pasajeros, cuestión

Introducción

que ha sido sumamente en el mundo entero, debido a la existencia de dos posturas doctrinarias claras y marcadas: Una a favor de la autonomía absoluta del derecho aeronáutico y otra que propugna la morigeración de dicha normativa por medio de la aplicación de un régimen tuitivo como lo es el derecho de los consumidores y usuarios en sus diferentes acepciones.

Concluye el libro con la postura sobre el *Aprendizaje servicio en la intervención socio jurídica de la problemática ambiental, en el estudio de caso: de los estudiantes de Consultorio Jurídico en la comunidad del Barrio San Pedro, Cartagena*, con las experiencias y conocimientos obtenidos a partir de la sistematización de experiencia de la intervención socio jurídica de consultorio jurídico de la Universidad del Sinú, exaltando la importancia del trabajo social, en cuanto a la realización de servicios comunitarios, generando desde la academia una educación integra, rica en valores que permita a los estudiantes crear conocimientos a partir de la solución de problemáticas que vulneran o amenazan derechos de tipo colectivo, y a obtenerlos a partir de la labor voluntaria, desinteresada y solidaria de ayudar en equipo a un grupo de personas que necesitan que sus derechos sean protegidos.

Capítulo 1



La efectividad de la conciliación en los procesos de fijación de cuota de alimentos. Estudio de casos desde el centro de conciliación de CECAR, Sincelejo durante los años 2018 y 2019¹

José Pablo Arrieta Oviedo², Elida Rosa Parra Castro³,
Nubia Elena Valdelamar Támara⁴

Resumen

El derecho de reclamar alimentos a ciertas personas con las cuales se tiene una determinada relación de parentesco —contractual o por la convivencia— es una figura jurídica que se ha venido desarrollando a través de la historia y que actualmente cuenta con un amplio abanico de posibilidades que le permiten a las personas exigir este derecho por diferentes vías, dentro de las que se puede mencionar el uso de la conciliación como requisito de procedibilidad y como mecanismo alternativo de solución de conflictos, el acceso al aparato judicial en la jurisdicción de familia y el uso del proceso penal a

1 Producto del desarrollo del proyecto de convocatoria interna de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, titulado: El rol del Consultorio Jurídico, Centro de Conciliación y Centro de Atención a Víctimas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, en la Construcción de Paz y Acceso a la Justicia en Sucre, Colombia

2 Abogado y Conciliador en Derecho. Especialización en Derechos Humanos y Justicia Transicional (En curso). Monitor del Consultorio Jurídico adscrito al Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe “CECAR”. Correo electrónico: jose.arrietao@cecar.edu.co

3 Abogada y Conciliadora en Derecho. Especialización en Derechos Humanos y Justicia Transicional (En curso). Investigadora del Centro de Investigaciones Socio jurídicas CIS de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe “CECAR”. Correo electrónico: elida.parra@cecar.edu.co

4 Abogada y Conciliadora en Derecho. Especialista en Derecho Procesal Civil. Coordinadora del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe “CECAR”. Correo electrónico: nubia.valdelamart@cecar.edu.co

través del delito de inasistencia alimentaria. En todos los asuntos relacionados con el derecho de alimentos, la conciliación es una herramienta muy importante porque con ella se puede resolver un conflicto sin necesidad de judicializarlo, referente a la fijación, disminución, aumento o exoneración de cuota de alimentos, a favor de los hijos, los padres, lo cónyuges o compañeros permanentes, los hermanos y demás personas que establece el artículo 411 del Código Civil; asimismo porque en caso de no resolver el conflicto, permite agotar el requisito de procedibilidad exigido por la ley para acudir a la justicia ordinaria. En el estudio se logró establecer la efectividad de la conciliación en los procesos de fijación de cuota de alimentos de los casos desde el Centro de Conciliación de CECAR, Sincelejo, durante los años 2018 y 2019.

Palabras clave: conciliación, procesos de fijación, cuota de alimentos, derecho de familia y centro de conciliación

Abstract

The right to claim alimony from certain persons with whom one has a certain kinship relationship -contractual or by cohabitation- is a legal figure that has been developing throughout history and currently has a wide range of possibilities that allow people to demand this right through different ways, among which we can mention the use of conciliation as a procedural requirement and as an alternative dispute resolution mechanism, access to the judicial apparatus in the family jurisdiction and the use of criminal proceedings through the crime of food non-attendance. In all matters related to food law, conciliation is a very important tool because it can be used to resolve a conflict without the need for judicial proceedings, regarding the fixing, reduction, increase or exemption of food quota, in favor of children, parents, spouses or permanent partners, siblings and other persons established in article 411 of the Civil Code; also because in case of failure to resolve the conflict, it allows exhausting the procedural requirement demanded by law to go to the ordinary justice system. The study was able to establish the effectiveness of conciliation in the processes of setting child support quota of the cases from the Conciliation Center of CECAR, Sincelejo, during the years 2018 and 2019.

Keywords: conciliation, child support, child support, family law and conciliation center.

Introducción

El grupo investigador ha podido evidenciar que el proceso con mayor afluencia en el Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas de CECAR es el de fijación de cuota de alimentos, el cual, también es uno de los que más se tramita desde el Consultorio Jurídico en su área de trámites procesales ante los juzgados de familia. Por lo anterior, el presente capítulo de libro busca desarrollar la pregunta: ¿Qué tan efectiva fue la Conciliación en los procesos de fijación de cuota de alimentos adelantados en el Centro de Conciliación de CECAR, Sincelejo, durante los años 2018 y 2019?

Para dar respuesta al interrogante anteriormente planteado, el objetivo general trazado para la presente investigación es analizar la efectividad de la conciliación en los procesos de fijación de cuota de alimentos desde el Centro de Conciliación de CECAR, Sincelejo durante los años 2018 y 2019. Igualmente, para dar cumplimiento al objetivo general se diseñaron tres objetivos específicos: conceptualizar la conciliación extrajudicial en derecho dentro del proceso de fijación de cuota de alimentos, y la competencia de los centros de Conciliación para este tipo de procesos; determinar el marco legal y normativo de la conciliación extrajudicial en derecho dentro del proceso de fijación de cuota de alimentos; y, documentar los casos tramitados en el Centro de Conciliación de CECAR referentes a fijación de cuota de alimentos durante los años 2018 y 2019.

La presente investigación goza de gran relevancia, pertinencia e impacto puesto que sus resultados permitirán conocer la efectividad del servicio que es ofrecido diariamente en el Centro de Conciliación de CECAR en materia de familia, específicamente en los procesos de fijación de cuota de alimentos, que de ahora en adelante se denominarán FCA. Así mismo, el aporte a la resolución de este tipo de conflictos y la descongestión de los despachos judiciales de los municipios donde el Centro tiene su campo de acción, y la integralidad del servicio prestado, gracias al apoyo del Consultorio Jurídico y del Centro Familia de CECAR.

Igualmente, esta investigación será de gran utilidad para la sociedad, el Centro de Conciliación y para los presentes investigadores. Será de utilidad para la sociedad porque con la socialización de los resultados obtenidos con la investigación se dará a conocer la importancia de acudir a

la conciliación como un mecanismo de solución pacífica de conflictos con el que cuentan las personas para solucionar sus diferencias y al que pueden acudir de manera gratuita y ágil si optan por utilizar los servicios del Centro de Conciliación de CECAR y sin necesidad de contratar los servicios de un profesional del Derecho atendiendo la a la naturaleza de la conciliación..

Para el Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR esta investigación será útil porque se logrará determinar el aporte y la efectividad de la prestación del servicio de conciliación desde el Centro, permitiendo a su vez evaluar el desempeño de este Centro de proyección social; asimismo, permitirá dar a conocer a la comunidad académica y científica el aporte de CECAR a la resolución de conflictos y la convivencia pacífica y, en general, al desarrollo social de Sincelejo, sus corregimientos y demás poblaciones aledañas.

Finalmente, para los investigadores, el desarrollo de la presente investigación representará un crecimiento en el ámbito profesional y académico, puesto que permitirá adquirir y desarrollar competencias en materia de investigación, lo cual es un elemento que cada día se torna más importante en el ámbito jurídico tanto en el ejercicio de la profesión como en la formación posgradual y complementaria, además porque permitirá afianzar los conocimientos adquiridos con respecto a la conciliación, el derecho de alimentos y el proceso de fijación de cuota de alimentos.

Metodología

La presente investigación es de carácter cualitativo con un nivel hermenéutico. Este tipo de investigación constituye un multimétodo focalizado, teniendo en cuenta la interpretación y aproximaciones naturalistas a su objeto de estudio (Denzin, 2012). La investigación es de tipo cualitativa porque se pretende describir cuál es la efectividad de la conciliación en los procesos de fijación de cuota de alimentos, asimismo, para darle cumplimiento al objetivo general, se realizará un análisis estadístico y estudio de casos significativos adelantados desde Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR en el año 2018 y el primer periodo de 2019. La investigación tiene un nivel hermenéutico

que se justifica en el análisis normativo y estadístico de los casos de FCA atendidos y desarrollados por los estudiantes del centro de conciliación en sus prácticas jurídicas.

Por otro lado, la presente investigación es netamente jurídica con un enfoque epistemológico. Es jurídica porque las fuentes principales objeto de análisis son normatividades que rigen la conciliación extrajudicial en derecho, el derecho de alimentos y el proceso de fijación de cuota de alimentos, del mismo modo, tiene un enfoque epistemológico porque se realiza un análisis estadístico y un estudio de casos relevantes a partir de datos existentes en el archivo del Centro de Conciliación de CECAR. A fin de alcanzar cada uno de los objetivos específicos de la presente propuesta se seguirá una secuencia de actividades divididas en tres fases:

Fase 1: para el cumplimiento del primer objetivo se lleva a cabo un rastreo bibliográfico acerca de la conciliación extrajudicial en derecho dentro del proceso de fijación de cuota de alimentos.

Fase 2: para alcanzar el segundo objetivo propuesto se hará un rastreo normativo respecto al derecho de alimentos y la conciliación en materia de familia.

Fase 3: finalmente, para lograr el tercer objetivo, se llevarán a cabo varias actividades como lo son la revisión de las estadísticas propias del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR para el año 2018 y primer periodo del año 2019 en cuanto a las audiencias programadas referentes a la materia estudiada y la revisión y documentación de casos significativos sobre el tema.

Dentro de las fuentes primarias que se utilizan en el desarrollo de la investigación se encuentran las estadísticas propias del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR de cada una de las audiencias de conciliación celebradas en relación al asunto objeto de estudio. En cuanto a las fuentes secundarias a utilizar, se tendrán en cuenta libros, capítulos de libro, trabajos de grado y demás producciones bibliográficas referentes al tema estudiado. También se usará el marco normativo existente en la materia.

Marco legal y normativo de la conciliación extrajudicial en derecho dentro del proceso de fijación de cuota de alimentos

El derecho de alimentos y el proceso de fijación de cuota de alimentos

El derecho de alimentos es el que le permite a una persona recibir de otra persona a la que la ley obliga a darlos, lo necesario para su manutención, en el evento de no encontrarse en la capacidad de obtenerlo por medios propios (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 919, 2001). Este derecho encuentra su fundamento constitucional en los artículos 1, 42, 44, 45, 46 y 47 de la Constitución Política (1991), en los cuales se establece la solidaridad como principio fundante del estado social de Derecho, la familia como núcleo esencial de la sociedad y los derechos de los niños, niñas, adolescentes y personas mayores.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el derecho de alimentos se encuentra reglamentado de manera general en el Código Civil (Ley 84 de 1873), el cual en su Libro primero, título XXI, regula ciertos aspectos como los titulares del derecho de alimentos, las clases de alimentos, la capacidad para recibir alimentos, el orden de prelación de este derecho, entre otros aspectos; estas regulaciones a pesar de ser expedidas con mucho tiempo de anterioridad a la expedición de la constitución política vigente y de haber sido modificadas y ampliadas por normas posteriores —especialmente— en lo referente a los niños, niñas y adolescentes aún conservan vigencia en aspectos de gran relevancia y aplicación.

En ese sentido, el artículo 411 del código en mención enumera las personas que tienen derecho a recibir alimentos, estos son: el cónyuge, incluyendo también a los compañeros o compañeras permanentes (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1033, 2002) y a las parejas del mismo sexo (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-029, 2009); los descendientes (hijos, nietos y su posteridad) y los ascendientes independientemente de si son o no matrimoniales o extramatrimoniales o si son adoptivos; el cónyuge divorciado que no tuvo la culpa de la separación, caso en el cual los alimentos son a cargo del cónyuge culpable; los hermanos; y el donante que hizo una donación cuantiosa que no hubiese sido rescindida o revocada con respecto al donatario. Dada la antigüedad

del Código Civil, inicialmente el artículo discriminaba a los ascendientes y descendientes legítimos y naturales, pero esto se fue modificando por vía jurisprudencial para suprimir dicha discriminación.

En relación con la manera en que se pueden exigir los alimentos, esta se ha regulado en diferentes ocasiones, en 1989 el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) definió los alimentos como todo lo que es necesario para el sostenimiento, habitación, vestido, salud, recreación, formación integral y educación, inicialmente del menor, y los extiende hasta el nasciturus, este decreto también estableció la competencia para fijar los alimentos ante el defensor de familia, los jueces, los comisarios de familia y los inspectores de los corregimientos, en donde a través de un acta que presta mérito ejecutivo se podía fijar el monto de la cuota, lugar, persona a quien se le entrega, forma de cumplimiento de la obligación alimentaria y los demás que se estimaran indispensables (art. 136). Este decreto también reguló las consecuencias del fracaso de la conciliación por inasistencia o no acuerdo y la posibilidad de fijar alimentos provisionales, así como el trámite judicial a seguir.

Por otra parte, apoyando lo estipulado por el Código Del Menor, el Decreto 2272 de 1989, estableció la jurisdicción de familia gracias a que se crearon despachos judiciales especializados en estos asuntos. Posteriormente, se expidieron normas como la Ley 23 (1991), la Ley 446 (1998), la ley 640 (2001) y otras normas que reforzaron la conciliación en materia de alimentos pero que se abordarán más adelante.

Actualmente, gran parte de la regulación del derecho de alimentos hacia los hijos se encuentra en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), en la que se definen nuevamente los alimentos pero no solo incluyendo las cosas necesarias para el sostenimiento de los niños, niñas y adolescentes sino todo lo que sea indispensable para su desarrollo integral (físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social), teniendo en cuenta a su vez la capacidad económica de la persona llamada a dar alimentos, al igual que en el código del menor, este código protege al que está por nacer y establece la obligación de suministrar a la madre los gastos de embarazo y parto (artículo 24). Se evidencia entonces, cómo esta nueva definición de los alimentos amplía el espectro de este derecho, pero determina la necesidad de tener en cuenta las condiciones del alimentante.

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que todos los casos son diferentes, no existe un método exacto para determinar la cuantía de la obligación alimentaria, sin embargo, en cada situación en particular se deben tener en cuenta algunos criterios como lo son las posibles obligaciones de alimentos que el alimentante posee respecto a otras personas conforme a la ley (otros hijos, cónyuge, padres, etc.), el límite máximo correspondiente al 50% del salario del alimentante o del salario mínimo legal mensual vigente en caso de que no posea un ingreso fijo formal (artículo 130) y las necesidades específicas que pueda tener el alimentado como por ejemplo alguna necesidad especial por motivos de salud; igualmente, la cuota de alimentos por regla general debe aumentarse de conformidad al aumento del índice de precios al consumidor, pero es posible que las partes, voluntariamente, o el juez utilicen otro método para realizar dicho aumento, como por ejemplo el aumento anual del salario mínimo legal mensual vigente (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Concepto 107, 2013).

El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) contempla al igual que las normas expedidas con anterioridad, la posibilidad de fijar la cuota de alimentos por la vía administrativa, esto es, ante los funcionarios habilitados para conciliar como lo son el defensor de familia y el comisario, y la necesidad de agotar la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir en caso necesario y de no llegar a un acuerdo a la jurisdicción de familia, a menos que se desconozca la dirección del alimentante, caso en el cual se puede acudir directamente a la justicia ordinaria.

Este código fija ciertas reglas a tener en cuenta en la etapa judicial del proceso de fijación de alimentos, como, por ejemplo, la posibilidad de que el juez fije una cuota provisional al momento de correr traslado de la demanda si existe prueba del vínculo que crea la obligación alimentaria (artículo 129), los requisitos de la sentencia que fija cuota de alimentos, la posibilidad de decretar medidas cautelares para garantizar la obligación alimentaria (artículo 130) y la prelación de los créditos de alimentos sobre los demás (artículo 134).

Actualmente, el proceso judicial de fijación de cuota de alimentos se encuentra regulado en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), en el cual se determina, además de todos los aspectos comunes a todos los

procesos, entre otras cosas, la competencia en cabeza de los jueces de familia en única instancia para conocer de este tipo de procesos (artículo 21) a través del proceso verbal sumario (artículo 390), la competencia territorial teniendo en cuenta el lugar de residencia del alimentado (artículo 28), la necesidad de demostrar falta de capacidad económica cuando se busca fijar alimentos a favor de mayores de edad (artículo 397) y las medidas cautelares en materia de familia (artículo 598).

Si bien, la mayoría de las normas relativas al derecho de alimentos, lo han abordado más que todo con respecto a los hijos (niños, niñas y adolescentes), la regulación de este derecho a favor de otras personas como los cónyuges, compañeros permanentes y los padres se encuentra dispersa en algunos artículos de las normas ya mencionadas y su desarrollo se ha dado en gran medida gracias a la interpretación jurisprudencial. Por ejemplo, en cuanto al derecho de alimentos a favor de los padres, este se desprende en parte de la interpretación dada a los artículos 251 y 252 del Código Civil (Ley 84 de 1873), en virtud a los cuales los hijos poseen la obligación de cuidar de sus padres cuando sobrevengan situaciones en que necesiten de sus auxilios.

Finalmente, en cuanto al ámbito internacional, el derecho de alimentos se encuentra protegido por la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (1989), dada en Montevideo el 15 de julio 1989. En este tratado internacional multilateral se establecen mecanismos de cooperación de carácter procesal internacional, cuando el demandante y el demandado tienen nacionalidades diferentes y residen en países diferente; en este tratado se le otorga al operador judicial competente en cada caso particular la facultad de decidir el derecho sustantivo aplicable, pudiendo escoger entre la ley del Estado del demandante y la ley del Estado del demandado, tomando como criterio el interés superior del alimentario. Esta convención entró en vigor en Colombia el 28 de julio de 2010.

La conciliación extrajudicial en Derecho en asuntos de familia

En Colombia, la conciliación ha sido regulada en múltiples ocasiones por distintas normas, pudiendo mencionar dentro de estas la ley 13 de 1825, donde se instituye por primera vez como requisito previo que se debía agotar antes de demandar y que se llevaba a cabo ante los alcaldes municipales o parroquiales (Osorio, 2002). También se puede mencionar

el Código Civil (Ley 84 de 1873), en algunos artículos como el 15, 16 y 2469 a 2487 (Peña , Polo, & Solano, s. f.). Otras normatividades que han regulado la conciliación han sido la ley 120 de 1921, el Decreto 2154 de 1948, el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) donde se dio origen a los primeros centros privados de conciliación y de arbitraje que inicialmente trataron asuntos civiles y comerciales, pero que con posterioridad adquirieron competencias para tratar otros asuntos como algunos de familia (Restrepo, 2011); y el Código de Procedimiento Civil (1970) en donde se reguló la necesidad de intentar una conciliación en la audiencia preliminar que regulaba el artículo 101.

La conciliación y, en general, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, no se encontraban plenamente regulados por el ordenamiento jurídico colombiano hasta que con la expedición de la constitución política actual (1991) se establecen sus fundamentos constitucionales, y a partir de entonces se expiden varias normas que la regulan de la manera en que hoy se conoce. Sin embargo, en 1991, antes de la entrada en vigencia de la Constitución se expidió la Ley 23 en la cual se creó la figura de la conciliación en equidad y los Centros de Conciliación extrajudicial; asimismo, reglamenta la conciliación discrecional en ciertos asuntos, ante el Defensor de Familia tales como la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores (Chacón, Preciado, & Freire, 2019).

En ese orden de ideas, la conciliación encuentra su fundamento en los artículos 2, 95 # 6, 116 y 229 de la carta política, donde se establece la convivencia pacífica como uno de los fines esenciales del estado social de Derecho, es el deber de los ciudadanos procurar y aportar al mantenimiento de la paz, la posibilidad de que los particulares sean investidos de la función de administrar justicia de manera transitoria a través de figuras como la conciliación y el arbitraje, y el Derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia (Constitución Política de Colombia, 1991). Igualmente, la conciliación y los MASC encuentran su fundamento legal en la Ley 270 (1996), en la que se desarrolla la facultad de los particulares para administrar justicia transitoriamente a través de dichos mecanismos.

Posteriormente, se expidieron la Ley 446 (1998) —referente a la descongestión de los despachos judiciales— y el Decreto 1818 (1998) que constituye el Estatuto de los MASC, en ambas normas se define la conciliación de la manera en que se conoce actualmente, y en el decreto

se determinaron los asuntos susceptibles de conciliación, los efectos de la conciliación y se autorizó la creación de centros de conciliación por parte de personas jurídicas privadas y facultades de Derecho, centro ante los cuales se permitió inicialmente conciliar asuntos de todas las áreas del derecho, pero donde posteriormente se excluyeron lo administrativo y laboral.

En lo referente al área de familia, el Decreto 1818 (1998) regula varios aspectos relevantes, tales como: la necesidad de agotar la conciliación en asuntos de familia ante el defensor, el comisario o conciliador de Centro de Conciliación antes de iniciar la demanda ante el juez de familia; la posibilidad de que los funcionarios habilitados para conciliar en familia, exceptuando los centros de conciliación, tomen medidas cautelares de carácter provisional con el fin de evitar o hacer cesar vulneraciones a los derechos fundamentales de la familia o de alguno de sus miembros, medidas dentro de las que se puede mencionar la custodia provisional y la fijación de alimentos provisionales, de acuerdo a la ley, el tiempo de estas medidas debe ser de máximo 30 días.

Asimismo, el decreto en mención establece los posibles resultados de la conciliación en familia, es decir, la posibilidad de suscribir un acta que prestará mérito ejecutivo en caso de llegar a acuerdos generales sobre la conciliación, su trámite, normas relativas a los conciliadores y funcionarios habilitados para conciliar en cada área del derecho, normas relativas a los centros de conciliación tanto de entidades privadas como de consultorios jurídicos de facultades de Derecho.

Específicamente en asuntos de familia, esta ley establece que la conciliación es susceptible de ser celebrada ante los conciliadores de centros de conciliación, los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del Ministerio Público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios, asignándole también una competencia residual a los personeros y jueces civiles o promiscuos municipales (artículo 31); del mismo modo, esta ley vuelve a regular la posibilidad de establecer medidas provisionales exceptuando nuevamente a los centros de conciliación pero también a los notarios y a los delegados de la Defensoría del Pueblo, a quienes se les da la posibilidad de solicitar al juez competente la toma de dichas medidas (artículo 32). Así mismo, la norma en mención establece por regla general “la necesidad de agotar la conciliación como

requisito previo, salvo cuando se trate de casos donde exista violencia intrafamiliar, excepción que fue establecida por vía jurisprudencial” (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1195-01, 2001).

Finalmente, es necesario hacer mención a otras normas que regulan aspectos relativos a la conciliación extrajudicial en derecho en asuntos de familia llevada a cabo en Centros de Conciliación de Facultades de Derecho, tales como el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), que establece que el no agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad es causal para inadmitir la demanda, y la Ley 583 (2000), que establece la competencia de estudiantes adscritos a consultorios jurídicos para tramitar casos durante la práctica, competencia que es la misma aplicable a la conciliación y dentro de los que se incluyen los procesos de fijación de cuota de alimentos.

Casos tramitados en el Centro de Conciliación de CECAR referentes a fijación de cuota de alimentos durante los años 2018 y 2019

El Centro de Conciliación es una dependencia obligatoria del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, tiene como principal propósito contribuir a la solución de las controversias, de manera ágil y efectiva, mediante el empleo de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, contando para este fin con abogados capacitados en MASC, estudiantes de los dos últimos años del programa de Derecho, quienes también están capacitados previamente en MASC; de igual modo, también se cuenta con los estudiantes de Psicología y Trabajo Social del Centro de Familia de CECAR, quienes realizan sus prácticas en este Centro de Conciliación en virtud del convenio de cooperación que existe con dicho centro.

El Centro de Conciliación semestralmente a través del Programa de Educación Continuada, que se desarrolla a través de congresos, seminarios, capacitaciones, entre otros —según las necesidades existentes— procura mejorar la calidad del talento humano (conciliadores, docentes asesores y demás funcionarios del centro), en aras de prestar día a día un servicio de calidad.

El servicio de Psicología y Trabajo Social se ofrece en las audiencias de familia, especialmente en las de FCA, desde el inicio del trámite hasta cuando las partes o el conciliador lo consideren, apoyando la labor del conciliador en el desarrollo de las audiencias. La presencia del psicólogo(a) o trabajador(a) social en la audiencia debe ser autorizada por las partes antes de que el conciliador instale la audiencia. Este es un servicio especial que brinda el Centro de Conciliación de CECAR, al cual los usuarios pueden acceder sin costo alguno y que en gran medida ayuda a la solución de los conflictos en asuntos de familia, brindando así no solo una solución jurídica al mismo, sino que les permite concientizarse sobre la importancia de una relación cordial y respetuosa, por el bienestar de las personas a quienes se les deben alimentos, especialmente de los niños, niñas y adolescentes.

Es preciso recordar que el derecho de alimentos es una obligación que tiene fundamento en el principio de solidaridad que nace del vínculo familiar y con el indicio de que para quien se solicita los alimentos no está en la capacidad de asegurar su subsistencia; estos pueden ser: el cónyuge o compañero(a) permanente, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el cónyuge divorciado o separado sin su culpa a cargo del cónyuge culpable o el que hizo una donación cuantiosa.

Los alimentos pueden ser fijados de manera voluntaria, pero a falta de un acuerdo voluntario entre las partes, será un juez de familia, previa demanda del interesado, quien se encargue de establecer la cuota de alimentos. Los interesados en que se fije una cuota por concepto de alimentos pueden acudir a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, donde las mismas partes voluntariamente pueden acordarla de manera ágil y efectiva.

En el municipio de Sincelejo, actualmente, los trámites conciliatorios en asuntos de familia se pueden realizar en diferentes entidades como en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en las comisarías de familias, en la procuraduría en asuntos de familia, en las notarías, así como también en los centros de conciliación privados y en los centros de consultorios jurídicos.

El Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR es competente, entre otros asuntos, de la custodia y cuidado personal, la regulación de visitas, la fijación, rebaja, exoneración y revisión de cuota

alimentaría. Si un ciudadano está interesado en fijar alimentos en el Centro de Conciliación de CECAR, deberá realizar la solicitud al Centro, donde diligenciará un formulario en el cual se consignarán los datos del citante y del citado, los hechos que dieron origen a la solicitud, su pretensión, la firma del solicitante, con la cual este manifiesta bajo la gravedad de juramento que lo declarado es cierto y suscribe un consentimiento informado. Se adjuntarán las copias de los documentos y pruebas que el solicitante tenga y considere pertinente o que en su defecto se le solicite.

De manera inmediata se entregará al convocante las citaciones para llevar a cabo la audiencia, la cual generalmente es programada en un término no mayor a 20 días hábiles. Con frecuencia se presentan al Centro de Conciliación usuarios con el fin de declarar y/o disolver la unión marital de hecho, a quienes se les manifiesta que una de las consecuencias de la separación de una pareja es determinar su responsabilidad frente a los hijos en común, se les explica las opciones que existen para realizar la FCA, generalmente optan por realizar la declaración y/o disolución de la unión marital de hecho, y de inmediato llegan a un acuerdo respecto a la custodia, cuidado personal, FCA y regulación de visitas de los niños, niñas o adolescentes; en algunas ocasiones ya vienen con acuerdos realizados con anterioridad.

En el siguiente flujograma se puede observar el trámite conciliatorio, para la FCA, en el Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR.

Figura 1
Trámite Conciliatorio FCA



Nota. Flujograma elaborado por los investigadores en mención, de la información obtenida del reglamento interno y procedimiento del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR.

Análisis de las estadísticas del Centro de Conciliación, en los trámites de FCA, durante los años 2018 y 2019

Para identificar cuál ha sido la efectividad de la conciliación en los procesos de FCA, desde el Centro de Conciliación de CECAR, Sincelejo, durante el año 2018 y el primer periodo del año 2019 hemos analizado las estadísticas del Centro para dichos periodos, las cuales han arrojado los resultados que a continuación describiremos, como la relación de las asesorías por áreas. El Centro de Conciliación de CECAR, en el año 2018, atendió un total de 2 382 usuarios, y el primer periodo del año 2019 atendió 1 218, logrando atender durante este año y medio un total de 3 600 usuarios del departamento de Sucre y municipios aledaños.

Figura 2
Asesorías por áreas

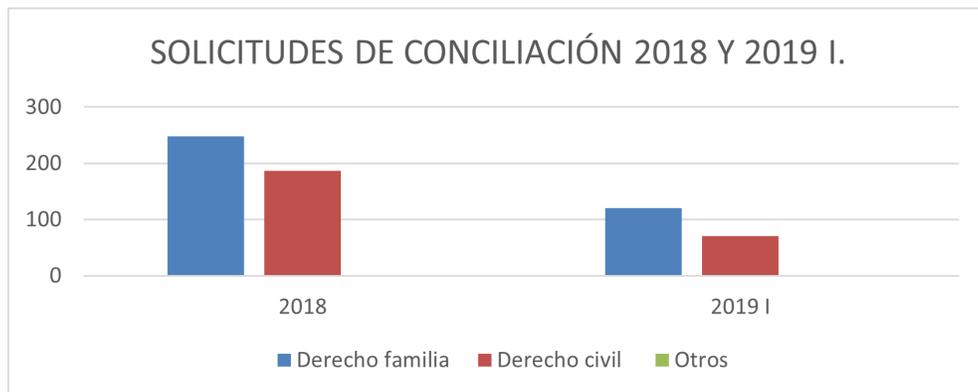


Nota. Elaborada por los investigadores en mención, de la información obtenida del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, años 2018 y 2019

La Figura 2 nos da cuenta de los usuarios que solicitaron algún tipo de asesoría en el Centro durante los periodos objetos de investigación, evidenciando que el área más consultada fue familia, correspondiente al 56%, seguido por el área de civil con un valor equivalente al 41%. También se brindaron otras asesorías en una mínima cantidad, en materia laboral, penal y público, equivalentes al 1%, respectivamente.

Solicitudes de audiencias de conciliación atendidas en los años 2018 y 2019 I

Figura 3
Solicitudes de audiencias de conciliación, en los años 2018 y 2019 I



Nota. Elaborada por los investigadores en mención, de la información obtenida del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, años 2018 y 2019 I.

Durante el año 2018 se tramitaron 435 audiencias de conciliación, y en el primer periodo de 2019 se tramitaron 191, para un total de 626 solicitudes de audiencias. De la Figura 3, se puede evidenciar que el mayor número de solicitudes de audiencias de conciliación atendidas en los años 2018 y 2019 I son las audiencias en asuntos de familia, las cuales para el año 2018 fueron un total de 248 audiencias, mientras que para 2019–I fueron 120 audiencias, arrojando un total de solicitudes en familia de 368, las cuales en su gran mayoría son de FCA, como más adelante quedará demostrado.

Tipología del conflicto en derecho de familia, años 2018 y 2019 I

En el área en que más se tramitaron solicitudes fue en familia, en los temas que se evidencian en la siguiente tabla, siendo la FCA el tema más tramitado en el Centro de Conciliación, equivalente al 42%.

La efectividad de la conciliación en los procesos de fijación de cuota de alimentos.
 Estudio de casos desde el centro de conciliación de CECAR, Sincelejo durante los años
 2018 y 2019

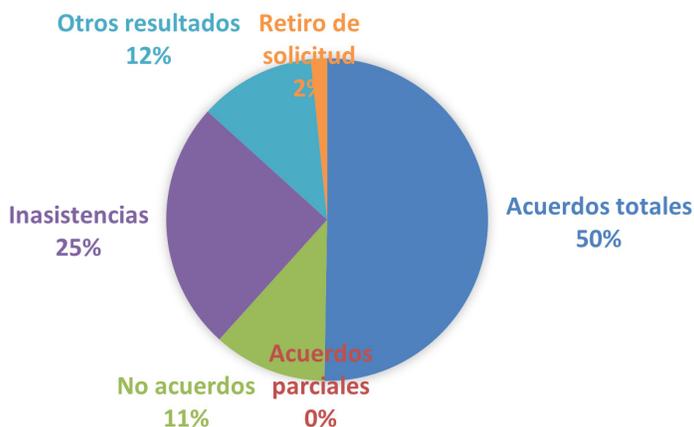
Tabla 1
Tipología del conflicto en derecho de familia, años 2018 y 2019 I

ASUNTO	NÚMERO DE CASOS
AUMENTO DE CUOTA DE ALIMENTO	62
CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL	9
DECLARACION DE U.M.H.	77
DECLARACIÓN Y DISOLUCIÓN DE UMH	11
DISMINUCIÓN DE CUOTA DE ALIMENTO	10
DISOLUCIÓN DE U.M.H.	10
EXONERACIÓN DE CUOTA DE ALIMENTO	8
FIJACIÓN DE CUOTA DE ALIMENTO	154
MANUTENCIÓN DEL EMBARAZO	1
REGIMEN DE VISITAS	6
REGULACIÓN DE CUOTA DE ALIMENTO	20
TOTAL	368

Nota. Elaborada por los investigadores en mención, de la información obtenida del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, años 2018 y 2019

Resultados generales de los tramites conciliatorios en familia, años 2018 y 2019 I

Figura 4
Resultados de los tramites conciliatorios en familia, años 2018 y 2019 I

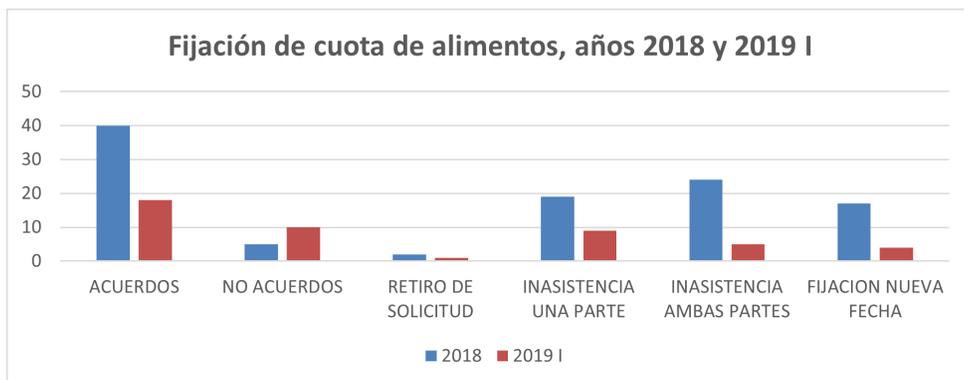


Nota. Elaborada por los investigadores en mención, de la información obtenida del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, años 2018 y 2019.

La Figura 4 arroja los resultados en materia de familia obtenidos durante los años 2018 y 2019 I, evidenciándose la garantía de la conciliación en los procesos solicitados ante dicho centro de conciliación, toda vez que por brindar un servicio integral el número de acuerdos totales es demasiado significativo, alcanzando un total del 50% de todos los casos tramitados ante este centro. Correspondiendo este porcentaje a 185 acuerdos conciliatorios de las 368 solicitudes de tramites conciliatorios atendidas en los periodos referenciados, solucionando de manera ágil y voluntaria los conflictos y contribuyendo pacíficamente al bienestar, unión y al respeto entre las familias del departamento de Sucre. Sin embargo, es significativo el resultado de inasistencias y de no acuerdos, los cuales se deben en gran medida a que las partes acuden solo por agotar el requisito de procedibilidad.

Resultados de los tramites de FCA, años 2018 y 2019 I

Figura 5
Resultados tramites de FCA, años 2018 y 2019 I



Nota. Elaborada por los investigadores en mención, de la información obtenida del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, años 2018 y 2019 I.

De la Figura 5 podemos establecer que de los 154 procesos tramitados en FCA en el 2018 y 2019 I, 58 terminaron en acuerdo total, 15 fueron no acuerdos, 28 inasistencias de una parte, 29 de ambas partes, 3 personas retiraron las solicitudes, por llegar a acuerdos verbales, y en 21 oportunidad se fijó nueva fecha para celebrar la audiencia. Gracias a esta figura identificamos la efectividad de la conciliación en los procesos de FCA, desde el Centro de Conciliación de CECAR, durante los años 2018 y 2019 I, toda vez que de las 73 diligencias que se desarrollaron,

el 79% arrojó resultados positivos, acuerdos totales, mientras que solo el 21% concluyeron en no acuerdos. Esto gracias a la atención integral y al esfuerzo que hacen estudiantes y funcionarios del centro para lograr acuerdos efectivos y beneficios para las partes que acuden a solicitar los servicios gratuitos de dicho centro.

Estudio de casos tramitados en el Centro de Conciliación de CECAR, referentes a FCA durante los años 2018 y 2019

Es necesario recordar que en función de la solidaridad familiar se deben alimentos no solo a los hijos y a los nietos, también se les deben alimentos a los cónyuges o compañeros permanentes, los padres, entre otros, siempre, y cuando quede demostrado que no puedan valerse por sus propios medios por encontrarse incapacitados para proveer su sustento, según lo contemplado en el artículo 411 del Código Civil. Las solicitudes que más se presentan en Centro de Conciliación de CECAR son a favor de los hijos menores de edad, sin embargo, también han solicitado alimentos a favor de hijos que siendo mayores de 18 años estén exclusivamente dedicados al estudio, hijos que no pueden defenderse por sus propios medios, de la cónyuge o compañera permanente que no tienen capacidad para sufragar sus propios gastos y a favor de los padres que están en una situación de vulnerabilidad. En virtud al principio de confidencial de la conciliación, los nombres de los usuarios no serán revelados, en los casos que expondremos a continuación.

Materialización de los principios de reciprocidad y solidaridad que se deben los cónyuges o compañeros permanentes a través de la conciliación

En el mes de octubre de 2018, la señora CAGD se acercó a las instalaciones del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR con el fin de solicitar una audiencia de conciliación respecto a FCA a favor del cónyuge. La señora CAGD, de 75 años de edad, manifestó que el señor FEAR, quien actualmente es pensionado, es su esposo desde el 20 de septiembre de 1965.

La citante declaró que no convive con el señor FEAR desde hace aproximadamente dos años, pero que de manera verbal acordaron una cuota de alimentos mensuales para que la señora CAGD cubriera sus gastos

de alimentación, cuota que dejó de suministrarle desde el mes de mayo de 2018, fecha desde la cual, en contra de su voluntad, la señora se ha visto obligada a “arrecostarse” donde un hijo. Finalmente, la señora CAGD manifestó que está padeciendo quebrantos de salud, por lo cual, se ve obligada a recurrir a su esposo para solicitarle una cuota de alimentos.

El caso de conciliación fue recepcionado, y se fijó como fecha para ser celebrada la audiencia el día 1 de noviembre de 2018. Llegada la fecha y hora señaladas, se obtuvo como resultado la inasistencia de ambas partes, lo anterior se dio debido a que el citado señor FEAR hizo caso omiso a la citación y la señora CAGD se encontraba incapacitada por problemas de salud, presentado excusas y solicitando la fijación de una nueva fecha, la cual fue programada para el día 3 de diciembre de 2018. Dos días antes de la celebración de la nueva audiencia, los señores fueron contactados por el monitor del centro para confirmar la asistencia a la misma. El día para el cual se programó la segunda fecha de la audiencia de conciliación, se presentaron los señores CAGD y FEAR, dando así inicio a la audiencia de conciliación. Luego de una hora y media, tiempo que duró la audiencia de conciliación, después de haber escuchado a cada una de las partes, de que se diera claridad acerca de los derechos y obligaciones entre los cónyuges, especialmente el derecho de alimentos, y que las partes y las conciliadoras propusieran fórmulas de arreglo, se llegó a un acuerdo total consistente en que el señor FEAR suministraría a favor de la señora CAGD una cuota de alimentos por valor de Trescientos Ochenta Mil Pesos (\$380.000), mensuales, los días 30 de cada mes a partir del mes de diciembre de 2018, comprometiéndose la señora CAGD a expedir recibos cada vez que el citado cumpliera con lo pactado. Finalizada la audiencia, se suscribió un acta de conciliación donde quedaron consignadas las obligaciones asumidas por cada parte y se reiteraron los efectos del acta suscrita y las consecuencias de su incumplimiento.

Al realizar la retroalimentación de la audiencia de conciliación, las conciliadoras le expresaron a la coordinadora del Centro que no fue una audiencia fácil puesto que por la edad de los señores fue necesario hacer énfasis en los efectos de la conciliación, dado que la citante señora CAGD se mostraba preocupada por el cumplimiento de las obligaciones por parte del señor FEAR.

Así mismo, este no comprendía al inicio de la audiencia las obligaciones que existen entre los cónyuges, por lo que se le informó que “la obligación alimentaria entre esposos se ve materializada en virtud del principio de reciprocidad y solidaridad que se deben entre sí y, por ende, la obligación recíproca de otorgar lo necesario para garantizar la subsistencia cuando uno de sus miembros no se encuentre en posibilidad de suministrárselos por sus propios medios” (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-506, 2011).

El día 5 de marzo de 2019 se realizó seguimiento telefónico al acuerdo conciliatorio celebrado entre los señores CAGD y FEAR, la señora CAGD manifestó que el señor FEAR está cumpliendo de manera puntual la cuota fijada y comenta estar muy agradecida con los servicios prestados por el centro, porque de forma gratuita y ágil le ayudaron a solucionar el conflicto con su esposo y gracias a que el señor cumple puntualmente con la cuota ha podido seguir asistiendo a sus controles médicos y comprando sus medicamentos. Igualmente, la señora refiere que ha recomendado los servicios del centro a familiares y conocidos.

Viabilidad de la FCA a favor del hijo(a) mayor de 18 años, teniendo en cuenta el deber de solidaridad y la incapacidad económica, hasta los 25 años

En el mes de mayo de 2019, la joven KBP, se acercó a solicitar asesoría, respecto a si tenía o no derecho a que su madre le FCA, pese a ser mayor de edad, toda vez que desde hace tres años dejó de convivir con su madre, y desde esa fecha vive donde una tía materna, sin que la madre suministre alimentos, pese a que la madre está vinculada laboralmente y no tiene más hijos; por su parte la joven KBP, contaba para la fecha con 18 años de edad y estaba cursando segundo semestre en el programa de Psicología en CECAR. El monitor que la atendió le manifestó el derecho que tiene de recibir alimentos, y que se podía fijar fecha y hora a fin de lograr un acuerdo conciliatorio con la señora DLPH, para lo cual debía aportar unos documentos a fin de realizar la respectiva solicitud. Le explicó que aún tiene derecho a que su madre FCA a su favor, toda vez que cumple con los requisitos para la misma.

Cabe resaltar que en varias oportunidades la doctrina y la jurisprudencia han considerado que se deben alimentos a los hijos que estudian, aun cuando sean mayores de edad, siempre que demuestren que no pueden subsistir por sus propios medios, considerándose como edad razonable los 25 años para el aprendizaje de un oficio o profesión. La audiencia quedo programada para el día 22 de mayo de 2019, casualmente en la jornada nacional de Conciliación “Conciliaton 2019”, la cual es organizada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, con la finalidad de promover la conciliación como instrumento para resolver los conflictos entre particulares o acceder a los servicios de justicia. Una vez inicia la audiencia, y con posterioridad a la intervención del conciliador y las partes, la madre de la joven accedió a la pretensión, comprometiéndose de manera libre y voluntaria a cancelar mensualmente la suma equivalente al 50% de su salario y prestaciones sociales, por concepto de cuota de alimentos integrales, a favor de su hija KBP. Para lo cual se comprometieron a solicitar al Juzgado de Familia en Turno, que homologará el acuerdo y ordenará al pagador de la citada señora DLPH a realizar el descuento por nómina de las sumas acordadas entre las partes. Solucionando así de manera ágil y definitiva el conflicto.

Ofrecimiento voluntario de cuota de alimentos

El señor WAPR solicitó audiencia de conciliación en el Centro de Conciliación de CECAR, la cual quedo programada para el día 2 de octubre de 2018, con la finalidad de FCA a favor de su hijo, de tan solo 5 meses de nacido, toda vez que para la fecha no tenía buena relación con la madre del niño, por lo que nunca habían FCA a favor del niño y tampoco habían regulado visitas. Para este trámite conciliatorio fue necesario la intervención de la psicóloga desde la recepción de la solicitud, quien fue de gran apoyo en el desarrollo de la diligencia debido a que la madre no quería ceder por problemas íntimamente personales, producto de la mala relación que tuvo durante el embarazo con el padre del niño, teniendo que acudir al desarrollo de audiencias privadas, toda vez que las partes estaban bastante alteradas.

Proponiéndoles la posibilidad de poder venir posteriormente al acompañamiento con Psicología o de acudir ante el Centro de Familia de CECAR, para lo pertinente. La conciliadora logró que las partes llegaran a

un acuerdo en beneficio del niño, recalcándoles que para definir el concepto del derecho de alimentos, consagrado en el art 24 del Código de Infancia y Adolescencia, se deben tener en cuenta las necesidades de cada niño, niña o adolescente, como lo son: el suministro de todo lo indispensable para su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación y su desarrollo integral.

El señor WAPR, se compromete de manera libre y voluntaria a cancelar la suma de cien mil pesos (\$100.000), quincenales, por concepto de cuota de alimentos, a favor de su hijo los días 2 y 20 de cada mes, a partir del mes de octubre de 2018, sumas que serán canceladas personalmente a la señora GSRD, en su domicilio. Así mismo, se compromete a cancelar la suma de trescientos tres mil pesos (\$303.000), por concepto de “gastos de parto y alistamiento”. Adicionalmente acordaron que el padre cancelará el valor correspondiente al 50% de los medicamentos que no cubra el carnet de salud de su hijo y el valor correspondiente al 100% de los gastos de transporte cuando le sean asignadas citas médicas o controles médicos, siempre y cuando la madre, exhiba las respectivas facturas de servicios médicos o formulas médicas.

Por su parte, la señora GSRD, manifestó que una vez el niño se encuentre en etapa escolar o tenga conocimiento que el padre comience a laborar, acudirá nuevamente al centro para el aumento de la cuota de alimentos y se comprometió a expedir a favor del citante, recibos de pago, siempre y cuando el citante cumpla con lo pactado en el acuerdo.

Finalmente, las partes establecieron el régimen de visitas, para que el padre pueda compartir tiempo con su hijo. El día 30 de julio de 2019 se realizó seguimiento telefónico al acuerdo conciliatorio celebrado entre los señores WAPR y GSRD, la señora GSRD manifestó que el señor está cumpliendo de manera puntual la cuota fijada y comenta estar muy agradecida con los servicios prestados por el centro, porque se le brindó un servicio integral, el cual ha mejorado y transformado el conflicto que tenía con el padre de su hijo de forma ágil, eficaz y gratuita.

Conclusiones

Del desarrollo de la investigación, finalmente, se puede concluir que la conciliación extrajudicial en derecho como MASC en los procesos de Fijación de Cuota de alimentos tiene gran efectividad por cuanto con cada uno de los resultados facilita el acceso a la administración de justicia de forma ágil, eficaz y gratuita teniendo en cuenta que los servicios prestados en el Centro de Conciliación de CECAR son completamente gratuitos para las personas de estratos socioeconómicos 1 y 2.

La conciliación es efectiva cuando llegan a acuerdos, puesto que permite establecer los montos de la cuota, la manera en la que será cancelada y las personas a favor de quien será cancelada, permitiendo constituir un título ejecutivo en caso de incumplimiento y descongestionando, a su vez la administración de justicia.

Por su parte, cuando las personas no llegan a ningún acuerdo o los citados no asisten a la audiencia, los servicios del centro permiten agotar el requisito de procedibilidad para iniciar la demanda, caso en el cual se brindan los servicios de Consultorio Jurídico, lo que, teniendo en cuenta el acompañamiento de practicantes de los programas de Psicología y Trabajo Social del Centro de Familia de CECAR, evidencia la integralidad en la prestación de los servicios de los Centros de proyección Social de CECAR y su compromiso con el desarrollo social y la solución pacífica de conflictos.

Como recomendaciones por parte de grupo de investigadores se sugiere promover y socializar la figura de la conciliación para evitar litigios dispendiosos y dar a conocer la conciliación en materia de alimentos y las otras diferentes vías que existen para exigir el cumplimiento de este derecho, puesto que desde la prestación del servicio se ha podido evidenciar que la gran mayoría de la población desconoce cuáles son los mecanismos adecuados y confunden la finalidad de estos, por ejemplo, muchas personas sin saber, inician denuncias en fiscalía por el delito de inasistencia pretendiendo que se fije la cuota de alimentos y los acuerdos a los que se llegan que posteriormente son incumplidos, no pueden ser ejecutados.

Referencias

- Chacón, L. D., Preciado, J. S., & Freire, W. R. (2019). *Eficacia de la conciliación en familia en el Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de la Universidad Cooperativa de Colombia sede Cali durante el periodo 2016-2017*. Santiago de Cali: Universidad Cooperativa de Colombia. Obtenido de http://repository.ucc.edu.co/bitstream/ucc/10535/1/2019_eficacia_cociliacion_familia.pdf
- Constitución Política de Colombia (7 de julio de 1991).
- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (1989 de julio de 1989).
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-029 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 28 de enero de 2009).
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1033 (M.P. Jaime Córdoba Triviño 27 de noviembre de 2002).
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1195-01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra 15 de noviembre de 2001).
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-506 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto 30 de junio de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 919 (M.P. Jaime Araujo Rentería 29 de agosto de 2001).
- Decreto 1818, Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. (7 de septiembre de 1998).
- Decreto 2737 de 1989, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones (27 de noviembre de 1989).
- Decreto 410 De 1971, Código de Comercio Colombiano (27 de marzo de 1971).
- Denzin, N. K. (2012). *Manual de Investigación Cualitativa*. Bogotá Colombia .
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Concepto 107 (13 de agosto de 2013).
- Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia (8 de noviembre de 2006).

- Ley 1564 de 2012, Código General del proceso (15 de julio de 2012).
- Ley 23 de 1991. Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones (21 de marzo de 1991).
- Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia (7 de marzo de 1996).
- Ley 446 de 1998, Por la cual se adoptan normas del Decr 2651/91, se mod algunas del CPC, se derogan otras de la Ley 23/91 y del Decr 2279/89, se mod y expiden normas del CCA y se dictan disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia (7 de julio de 1998).
- Ley 583 de 2000 (Por la cual se modifican los artículos 30 y 39 del Decreto 196 de 1971 12 de junio de 2000).
- Ley 640, Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. (5 de enero de 2001).
- Ley 84 de 1873, Código Civil colombiano (26 de mayo de 1873).
- Osorio, A. M. (2002). *Conciliación. Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos por excelencia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Peña , A. M., Polo, C. A., & Solano, D. X. (s. f.). *Conciliación extrajudicial, un análisis a su aplicación práctica desde el punto de vista jurídico*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Restrepo, B. d. (2011). La conciliación como solución de conflictos. En *La conciliación como aplicación alternativa en la solución de conflictos* (págs. 165-180). Medellín: Universidad Cooperativa de Colombia.

Capítulo 2



La utilidad del derecho de petición como mecanismo de solución pacífica y directa de los conflictos, desde la práctica del Consultorio Jurídico de CECAR, años 2017- 2019

Edgardo Tadeo Lorduy Viloría¹, Gunkell Romero Gutiérrez²

Resumen

El capítulo pretendió establecer la utilidad del derecho de petición como mecanismos de solución pacífica y directa de los problemas que presenten los usuarios, teniendo su base en el análisis desde la práctica del Consultorio Jurídico de CECAR. Con dicho capítulo, se buscó a través del estudio histórico, normativo y jurisprudencial en Colombia del derecho de petición, así como el análisis de las estadísticas de derecho público, derecho civil y derecho laboral de los años mencionados desde las monitorias de consulta y liga universitaria de protección al consumidor en esa materia y su utilización en las mismas que ha permitido acceder directamente por cada persona a pedir a entes privados y públicos el reconocimiento de algunos derechos o la aclaración sobre los mismos, obteniendo una solución pacífica y directa del conflicto plasmado en la petición. Se logró concluir que por la naturaleza misma del derecho de petición esta nace, es y se consolida como la primera herramienta jurídica a ser utilizada para poder llegar a una solución pacífica y directa de los conflictos suscitados entre quien ejerce el derecho de petición y quien está en legitimación pasiva de recibirla.

Palabras clave: derecho de petición, solución pacífica, y conflictos

1 Maestrante en Derecho Administrativo en la Universidad Libre de Cartagena, Especialista en Derecho Administrativo y Abogado de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Coordinador de Consultorio Jurídico de CECAR de la Facultad de Derecho. Correo electrónico: edgardo.lorduy@cecar.edu.co.

2 Maestrante en Gestión Pública de la Universidad Nacional de Rosario Argentina, Especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, Abogado egresado de la Universidad de la Corporación Universitaria de la Costa CUC. Docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho. Correo electrónico: Gunkel.romero@cecar.edu.co

Abstract

The chapter sought to establish the usefulness of the right of petition as a mechanism for the peaceful and direct solution of problems presented by users, based on the analysis from the practice of CECAR's Legal Office. With this chapter, we sought through the historical, normative and jurisprudential study in Colombia of the right of petition, as well as the analysis of the statistics of public law, civil law and labor law of the mentioned years from the monitors of consultation and university league of consumer protection in that matter and its use in the same ones that has allowed direct access by each person to ask to private and public entities the recognition of some rights or the clarification on the same ones obtaining a peaceful and direct solution of the conflict shaped in the petition. It has been possible to conclude that the very nature of the right of petition has led to its creation and consolidation as the first legal tool to be used in order to reach a peaceful and direct solution to the conflicts that arise between those who exercise the right of petition and those who are passively entitled to receive it.

Keywords: right of petition, peaceful solution, and conflicts

Introducción

El Consultorio Jurídico de CECAR brinda sus servicios a usuarios de escasos recursos como lo establece la Ley, más específicamente a personas de estratos uno y dos, en un ámbito territorial que abarca el departamento de Sucre y los municipios vecinos a este, en los departamentos de Córdoba y Bolívar. Estas personas por lo general poseen pocos conocimientos jurídicos y legales y, a su vez, desconocen las formas de reclamar así como de hacer valer sus derechos ante las diferentes entidades (ya sean públicas o privadas), por lo anterior, es de suponerse que también posean pocos conocimientos con respecto a mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

La problemática vigente en el ámbito local se presenta por la falta de atención, desconocimiento o falta de políticas claras de las entidades públicas o privadas para resolver de manera idónea y expedita las situaciones conflictivas que surgen de la interacción de las personas con las diferentes entidades, bien sea por la prestación de los servicios o venta de bienes

que estos deben suministrar a los usuarios, teniendo estas que acudir al Consultorio Jurídico de CECAR para que les ayude con la elaboración de petición a fin de obtener una respuesta pronta y efectiva sobre el derecho reclamado.

Durante los años 2017, 2018 y 2019 el consultorio jurídico del Programa de Derecho de CECAR elaboró y tramitó una gran cantidad de peticiones y solicitudes a las diferentes entidades de la región de su influencia, las cuales pueden ser resueltas en término de acuerdo a la ley, y que pueden ser a favor o en contra del peticionario, pero que justificada en derecho se llega al fin de la misma, que es la solución pacífica y directa del problema que dio origen a la petición.

Esta investigación tiene como propósito demostrar que la petición es una herramienta idónea, ágil, expedita y directa para solucionar controversias entre las personas y las entidades a quienes se dirige, si bien es cierto no se cataloga como tal, ya que no se encuentra pronunciamiento legal, jurisprudencial o doctrinal sobre la materia, que avale o endilga tal calidad o condición a la petición, pero que mediante esta investigación se pretende abordarla con esa perspectiva.

Es importante desarrollar la temática descrita en la presente investigación, por cuanto el derecho a pedir de las personas es un derecho fundamental y que, a su vez, es un mecanismo o herramienta que le permite a los ciudadanos resolver conflictos de manera directa y pacífica ante las entidades públicas o privadas, bien sea para la resolución conflictos o de situaciones particulares o colectivas, las cuales pueden ser atendidas y solucionadas por este medio sin tener que llegar a las instancias prejudiciales y judiciales.

Abordar la petición como un medio para solucionar conflictos le da un nuevo enfoque a este instrumento que nuestra Constitución elevó a derecho fundamental, dado que aportaría que se le viera, estudiara y analizara desde este nuevo punto de vista, la academia se nutriría de nuevos conocimientos para el debate pedagógico y jurídico donde se puede estar o no de acuerdo con el planteamiento de la investigación, la comunidad tendría en la petición un mecanismo más para arreglar sus controversias y los investigadores aportarían la creación de nuevo conocimiento.

Metodología

Investigación teórica, dogmática de corte cualitativo, en la cual se utilizará como método el análisis documental de fuentes secundarias, como lo son: normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina nacional e internacional sobre la temática objeto de estudio. Así mismo, se pretende revisar los archivos estadísticos del Consultorio Jurídico de CECAR de los años 2017, 2018 y 2019 que versen sobre casos petición y acción de tutela para así poder obtener la información total de peticiones frente a tutelas en las monitorias de consulta y Liga Universitaria de Protección al Consumidor.

La población tomada en cuenta en el presente capítulo, es aquella que utilizó como medio de solución pacífica y directa a su problemática el derecho de petición en las monitorias de consulta y Liga Universitaria de Protección al Consumidor de Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de CECAR durante los años de 2017, 2018 y 2019.

Esta investigación buscó mostrar cuál es la utilidad de la petición como mecanismo de solución directa y pacífica de los problemas jurídicos presentados en los usuarios que llegaron al Consultorio Jurídico en 2017, 2018 y 2019, siendo atendidos en la monitoria de consultas y Liga Universitaria de Protección al Consumidor.

El derecho de petición como mecanismo de solución pacífica y directa de los conflictos desde su historia, normatividad y jurisprudencia

Desde los inicios de la humanidad, se han suscitados toda clase de diferencias y conflictos entre personas, grupo de personas e incluso naciones que han conllevado a confrontaciones de todo tipo, situaciones de amplio impacto global que han moldeado la historia humana en el curso de la misma hasta nuestra actualidad.

Es por ello que, debido a dichos conflictos, la humanidad ha buscado distintas formas de solucionarlos de manera directa y pacífica, sin violencia y sin intervención de terceros, en aras de llegar acuerdos satisfactorios. Es así que empezando por las guerras, pasando por los antiguos tratados y terminando en los mecanismos actuales para solucionar los conflictos, es

que nos atrevemos a entrar a analizar si la petición ostenta dicha calidad, por cuanto ha dotado a cada persona de una herramienta fácil, sencilla, directa y pacífica de exigir la solución a sus problemas o el cumplimiento o protección de sus derechos y acabar de raíz el conflicto suscitado entre quien presenta la petición y ante quien se reclama o pide; por tanto, Colombia —al igual que muchas naciones— ha desarrollado normas que permiten a cualquier persona natural o jurídica acceder a la petición en aras de que se le atienda y escuche su problemática o diferencia.

En Colombia, la petición se encuentra consagrada constitucionalmente como un derecho fundamental para todas las personas, por tanto, el uso de este mecanismo para reclamar los derechos es protegido prioritariamente sobre otros derechos, es por ello que se encuentra en el rango de derecho fundamental, lo que demuestra a un más su verdadero valor, el cual se encuentra algo olvidado por muchas personas, desconociendo que es uno de los verdaderos logros y conquista del Estado social de Derecho plasmado por la Constitución Política de 1991.

Esto empoderó al ciudadano de a pie, como se dice popularmente, porque le permitió exigir información a las entidades y sus autoridades, recordemos que unas de las principales características actuales de la petición es la obligatoriedad de dar respuesta por parte del peticionado y, además, debe ser una respuesta pronta, oportuna, de fondo, coherente con lo pedido y fundamentada en Derecho. Lo anterior demuestra que el derecho Fundamental de Petición se encuentra acorde totalmente con el Estado social de Derecho y su postulado principal, el cual es la dignidad humana y refuerza el concepto de soberanía popular y de democracia participativa.

El derecho de petición

Etimológicamente hablando, pedir proviene del latín *petere*, que significa principalmente exigir algo de alguien para que haga, no haga o deje de hacer, para que conceda o no conceda, para que acepte o no acepte, en fin, pedir es una cualidad del ser humano que lo acompaña desde hace muchísimos años, se podría decir que desde la existencia misma del ser humano.

El derecho de petición en Colombia, consiste en la facultad constitucional y legal que tienen todas las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, nacionales o extranjeras y menores o mayores de edad, para exigir a cualquier autoridad pública, entidad privada e incluso a particulares el respeto, cumplimiento, reconocimiento y restablecimientos de sus derechos en aras de evitar cualquier conflicto futuro que se pueda suscitar por el desconocimiento o vulneración de los derechos reclamados.

Es bastante complejo y difícil poder establecer con claridad y precisión el origen de la petición, pues el pedir se considera casi un derecho inherente al ser humano, pero que en la antigüedad estaba restringido solo a unos pocos privilegiados, si miramos el pasado en las civilizaciones más antiguas, como los egipcios, muy pocas personas podían pedir al faraón por algo, bien por un favor, por un negocio o por un estatus, es así como en la biblia, en el antiguo testamento, Moisés, quien había sido criado por la hermana del faraón, pide al mismo la liberación de su pueblo, llamado el pueblo de Israel.

En la antigua Roma, la petición frente al gobernante era del senado romano y de la clase influyente para a época, pero con la creación del cargo de tribuno de la plebe —que era como el defensor de la clase plebe— se le asignaron funciones entre esas las de protegerlos, bien sea a cada individuo o a un grupo, de las decisiones y arbitrariedades de los magistrados patricios, lo cual podían hacer de oficio o a petición de cualquier persona de la plebe, por lo que es con ello que se empieza a dar, de cierta manera, un poco de participación a las personas del común, para que puedan por intermedio de otra persona ejercer la petición.

Posterior a esto, la edad media no fue ajena a este derecho y por tanto el derecho de petición nace como forma de pedir al rey una gracia o reparación de agravio, de este modo surgen para esa época una clase de asambleas estamentales donde los representantes de los diferentes estamentos presentaban las peticiones de los súbditos al rey, es así como en el año de 1689, en Inglaterra, se redacta la Declaración de Derechos (Bill of Rights) donde se consagra en el artículo V que estableció que: “Es un derecho de los súbditos presentar peticiones al Rey, siendo ilegal toda prisión o procesamiento de los peticionarios” (Lores y Comunes Inglaterra, 1689). En Francia con la expedición de la Constitución de 1791 en el Título I, se crean las disposiciones fundamentales garantizadas por la

Constitución, por lo que en uno de sus incisos se plasma como un derecho natural y civil, la libertad de dirigir a las autoridades constituidas peticiones firmadas individualmente (Torremocha, 1791).

Con ocasión al descubrimiento de las Américas, en nuestro caso, por la llegada de los españoles haremos un breve repaso por la evolución del derecho de petición en España, teniendo en consideración que dicho derecho fue enmarcado en la legislación por primera vez en el artículo 373 de la Constitución de 1812, donde estipula que “todo español tiene derecho de representar a las cortes, al rey para reclamar la observancia de la constitución”, posterior a ello con la Constitución de 1873 que es en su artículo 3 ya se estipula claramente, situación que se mantuvo en la de los años 1845, 1869 y 1876. (Corte General y Extraordinaria de la Nación Española, 1812).

En Colombia comenzó a aparecer en las diferentes constituciones que se crearon a partir de cada estado en su momento que fue independizándose de los españoles donde sentaban las bases del nuevo gobierno, es así como en la Constitución de 1821 o Constitución de Nueva Granada que lo plasmó en su artículo 157: “La libertad que tienen los ciudadanos de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos, en ningún tiempo será impedida ni limitada”.

Posteriormente, se expide la Constitución de 1863, denominada Constitución de los Estado Unidos de Colombia, que en su artículo 15 numeral 12 establece: “El derecho de obtener pronta resolución en las peticiones que por escrito dirijan a las corporaciones, autoridades o funcionarios públicos, sobre cualquier asunto de interés general o particular”. Conforme a lo anterior, y ya con la unión de los diferentes estados, se convertirán en departamentos, se creó la Constitución de 1886 que con mayor claridad y precisión dijo: “Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades”, es decir, declamó de manera clara e inequívoca el derecho de las personas en la era pos-española, lo que sembró los cimientos 105 años antes de nuestra actual Constitución, plasma una condición de que debe ser respetuosa, además de fijar las dos formas de presentarla ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, pero la misma no se quedó allí, fue más allá y estableció una

obligación imperativa a quien es objeto de la petición y no es más que “el de obtener pronta resolución”, situación que abono el camino para la consolidación del derecho de petición en Colombia (Banrepcultural, s.f).

La breve historia sobre el derecho de petición, nos enseña que dicho derecho nace como producto de la necesidad de las personas como individuo o como colectividad de poder reclamar o solicitar ciertas cosas ante los gobernantes, bien sean monarcas, reyes, gobiernos o autoridades con ocasión a las diferentes situaciones que han generado inconformidad entre los miembros de una sociedad, es así que dicho derecho ha venido avanzando en su trayecto a través del tiempo hasta llegar a consagrarse como un derecho fundamental en nuestro país, plasmado en nuestra Constitución y desarrollado claramente en nuestras leyes.

Normatividad en Colombia sobre derecho de petición

La clasificación del derecho de petición como derecho fundamental de todo ser humano, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra establecido en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, el cual “le da la potestad a cualquier persona de presentar peticiones, eso sí con una sola condición que no es más que dichas peticiones sean respetuosas” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Lo anterior tiene su razón de ser, pues si con la petición lo que se busca es que quien lo utilice, manifieste las razones por las cuales considera que su petición es válida (y que por ello solicita una cosa determinada), esta debe ser bajo el marco del respeto mutuo, habida cuenta que lo que se busca con ello es poder arreglar las cosas de una forma directa y pacífica, teniendo de presente los derechos que le asisten a cada uno de los que intervienen en la relación jurídica que nace con una petición.

El rango que ostenta la petición en nuestra Constitución, obedece a la relevancia de la misma dentro de cualquier sistema político tanto en la actualidad como en toda su historia, pues ese derecho que para algunos es poco relevante, lleva consigo centenares de años de evolución forjándose con guerras, muertes, luchas y rebeliones que han permitido que en la actualidad se tenga como derecho fundamental.

La Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado o sustituido en sus artículos 13 al 33 por la Ley 1755 de 2015, es la ley principal que entra a regular de manera general todo lo concerniente al derecho de petición. En sus artículos 4, 5, 13 y subsiguientes, se plasmaron las formas de iniciar las actuaciones ante las autoridades públicas, las diferentes formas en que pueden presentarlas, así como el trámite, requisitos, términos y demás reglas necesarias para que el derecho de petición sea garantizado en su ejercicio, incluyendo, además, que las mismas reglas aplican para entidades privadas o particulares bajo ciertas circunstancias (Congreso de la Republica de Colombia, 2011).

Esta norma no solo regula el mandato constitucional, sino que, además, esta la hace extensiva a las entidades privadas e incluso a los particulares bajo ciertas circunstancias, lo que demuestra la relevancia indiscutible que tiene la petición para las personas del común que deben acudir a la misma para reclamar derechos, exigir cumplimientos o exponer situaciones con la finalidad de que sea resuelto su problema o situación. Además, esta ley va más allá, resaltando aún más la importancia de este derecho, pues establece en el artículo 23 una protección especial y esencial para los que ejercen dicho derecho, ya que abre facultas a la procuraduría, defensoría del pueblo y a las personerías distritales y municipales para que presten asistencia a cualquier persona que requiera de la misma cuando haga ejercicio del derecho de petición e inclusive les da la potestad de intervenir si es el caso con la finalidad de que se garantice tal ejercicio.

Ahora, la ley nos trae en su artículo 30 la posibilidad que la petición sea utilizada inclusive entre las mismas autoridades, bien para información o documentos, regulando un plazo para respuesta en 10 días. Así mismo, y adicional a lo anterior, la ley en su artículo 31 deja en claro que cualquier desconocimiento, dilación, vulneración o desatención de las peticiones y de sus términos derivara para el funcionario público que incurra en ello en la sanción disciplinaria correspondiente según el régimen disciplinario que se encuentre vigente al momento de la ocurrencia.

Todo lo regulado en la ley citada va encaminado a facilitar las relaciones entre las personas del común con las autoridades y entidades tanto públicas como privadas, así como en situaciones especiales entre personas naturales, pues la petición nace y entra al ordenamiento jurídico

como la primera herramienta jurídica para acudir directamente para tratar de solucionar cualquier circunstancia que se presente de forma pacífica y directa, sin intermediarios, abogados o terceros.

La norma general sobre la petición es la ley antes mencionada, pero también existe otra norma especial que por su naturaleza es del resorte y conocimiento en la práctica en el consultorio jurídico, se trata de la Ley 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos Domiciliarios donde también se utiliza el derecho de petición en la práctica, con ocasión a que muchos de los casos que llegan al consultorio jurídico es en esta materia, principalmente con problemas de energía eléctrica. En esta norma la petición se regula en el artículo 152, inciso primero, donde se plasma que: “Es de la esencia del contrato de servicios públicos que el suscriptor o usuario pueda presentar a la empresa peticiones, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos”, lo que propende a darle una herramienta útil y directa a cada persona o usuario del servicio para que cualquier problema sea resuelto de manera pacífica y directa, pues le da la posibilidad a las partes de establecer contrato de con los entes que ofrecen servicios públicos a fin de arreglar cualquier diferencia surgida con ocasión a la ejecución del mismo (Congreso de la Republica de Colombia, 1994).

Jurisprudencia Constitucional en Materia de derecho de petición en Colombia

La jurisprudencia en esta materia, en nuestro país, no ha variado mucho durante la vigencia de la Constitución de 1991, pues desde los inicios de esta se ha venido manejando por parte de la jurisprudencia, iniciando con la sentencia de tutela T-12 de mayo de 1992, donde se empezó con el concepto de que el derecho de petición es uno de los derechos fundamentales cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, lo que evidenciaba su inequívoca importancia en el marco de la Constitución en mención.

Posteriormente, para el año 1996 se amplía la aplicación del derecho de petición que en principio solo se tenía para las autoridades públicas, pero que con la Sentencia T-105 del mismo año, se extendió su aplicación a las entidades privadas con la finalidad de garantizar al ciudadano sus

derechos, pese a que no había sido desarrollado por el legislador esta situación, pero que la corte muy sabiamente hizo extensivo ese derecho ante los entes privados.

Afirmando y consolidando dicho derecho, la Corte en Sentencia T-108 de 2006 define la eficacia de este derecho al manifestar que, en definitiva, la efectividad del derecho fundamental de petición se deriva de una respuesta pronta, clara y completa por parte de las autoridades, a cada una de las solicitudes que se les presenten. Por consiguiente, ante la omisión de respuesta el peticionario puede, o bien acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda contra el acto ficto, o bien solicitar al juez constitucional a través de la acción de tutela la protección de su derecho fundamental de petición, exigiendo una respuesta de fondo de la autoridad respectiva.

En el año 2017, siendo la Dra. Gloria Ortiz Delgado la magistrada ponente, mediante Sentencia C-007 de 2017 la corte resume las características del derecho de petición así: El derecho de petición reconocido en el artículo 23 de la Constitución y desarrollado en la Ley Estatutaria 1755 de 2015 es un derecho fundamental en cabeza de personas naturales y jurídicas cuyo núcleo esencial está compuesto por: (i) la pronta resolución; (ii) la respuesta de fondo; y (iii) la notificación de la respuesta. A su vez, sus elementos estructurales son: (i) el derecho de toda persona a presentar peticiones ante las autoridades por motivos de interés general o particular; (ii) la posibilidad de que la solicitud sea presentada de forma escrita o verbal; (iii) el respeto en su formulación; (iv) la informalidad en la petición; (v) la prontitud en la resolución; y (vi) la habilitación al Legislador para reglamentar su ejercicio ante organización privadas para garantizar los derechos fundamentales.

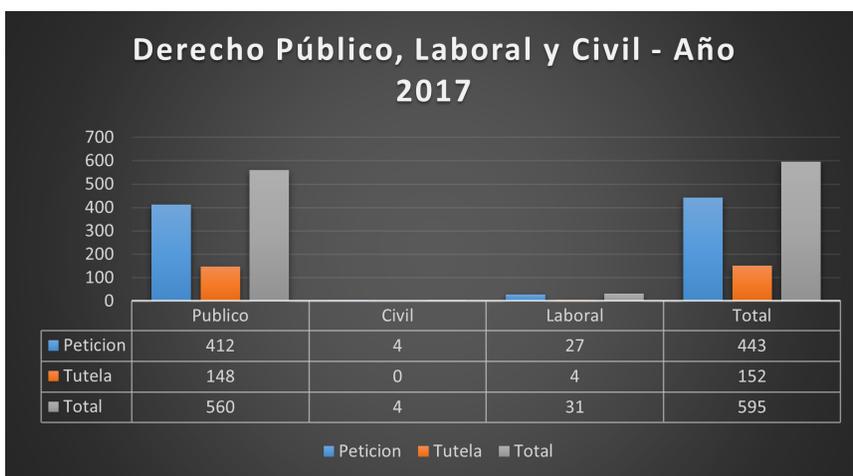
En el mismo año, pero en sentencia posterior, la corte va más allá y trata en Sentencia T-487 de 2017 lo atinente a las peticiones ante particulares y concede la acción de tutela al accionante frente a un particular por no dar respuesta de fondo y efectiva al accionante. Todos estos pequeños extractos evidencian la protección clara e inequívoca que tiene la petición como mecanismo que permite a cualquier persona utilizarlo como herramienta para solucionar sus problemas de forma pacífica y directa ante autoridades públicas, privadas o particulares.

Análisis de las estadísticas del Consultorio Jurídico de CECAR sobre el derecho de petición frente la acción de tutela en las monitorias de consulta y Liga Universitaria durante los años 2017 a 2019

La práctica en el Consultorio Jurídico de CECAR está orientada a la asesoría jurídica y elaboración de documentos de forma gratuita a personas de escasos recursos económicos, basado en las competencias dadas a estos entes para poder brindar dichos servicios, según sus competencias, las cuales están definidas en el Decreto 196 de 1971, Decreto 765 de 1977 y Ley 583 de 2000; por lo tanto los servicios ofrecidos año tras año son relevantes, pues contribuyen a la solución de los problemas jurídicos que se le presentan a quienes requieren de nuestra asistencia, es por ello que en la materia tratada se realiza un análisis de las estadísticas de los años 2017, 2018 y 2019, teniendo en cuenta los dos principales instrumentos o documentos jurídicos que se utilizan en la práctica del consultorio jurídico para los casos que se ventilan por medio de la monitoria de consultas y Liga Universitaria de Protección al Consumidor principalmente, por lo cual se relacionan las siguientes estadísticas:

Empezamos mirando las estadísticas del año 2017, en el periodo comprendido entre febrero a diciembre, en las monitorias de consulta y Liga Universitaria de Protección al Consumidor en las áreas de derecho público, derecho civil y derecho laboral.

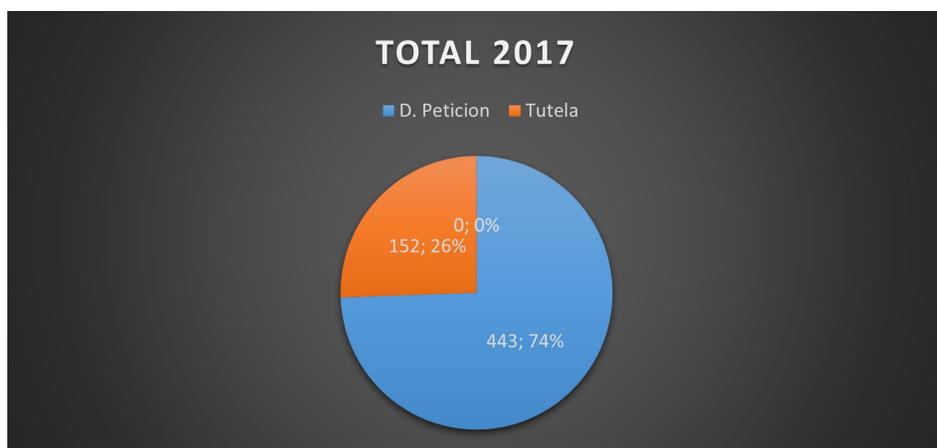
Figura 1
Áreas de Derecho Público, Derecho Civil y Derecho Laboral, año 2017



Nota. Elaboración propia. Fuente: del Consultorio Jurídico de CECAR.

Para el año 2017 en las áreas de público, civil y laboral, el derecho de petición y la acción de tutela fueron los instrumentos jurídicos más utilizados en las monitorias de consulta y Liga Universitaria de Protección al Consumidor, pues la Figura 1 nos señala que en referencia al derecho de petición, se realizaron 412 en derecho público, 4 en materia civil y 27 en materia laboral con un total de 443 peticiones; mientras que la acción de tutela en público fue de 148, ninguna en civil y 4 en laboral para un total de 152 acciones realizadas.

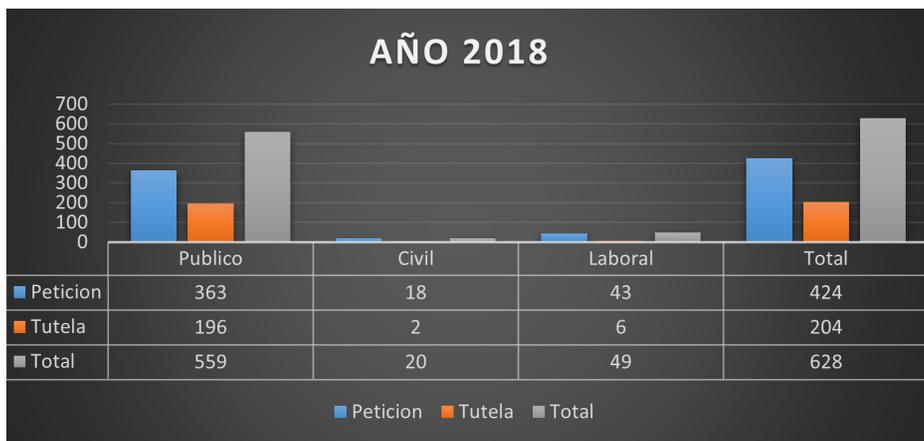
Figura 2
Total Gestión año 2017



Nota. Elaboración propia. Fuente: Consultorio Jurídico de CECAR.

En cuanto al derecho de petición, la totalidad de cada uno de los instrumentos relacionados equivalen al 74%, que corresponden a 443 peticiones frente al 26% de la acción de tutela para un total de 595 casos atendidos mediante la petición y la acción de tutela.

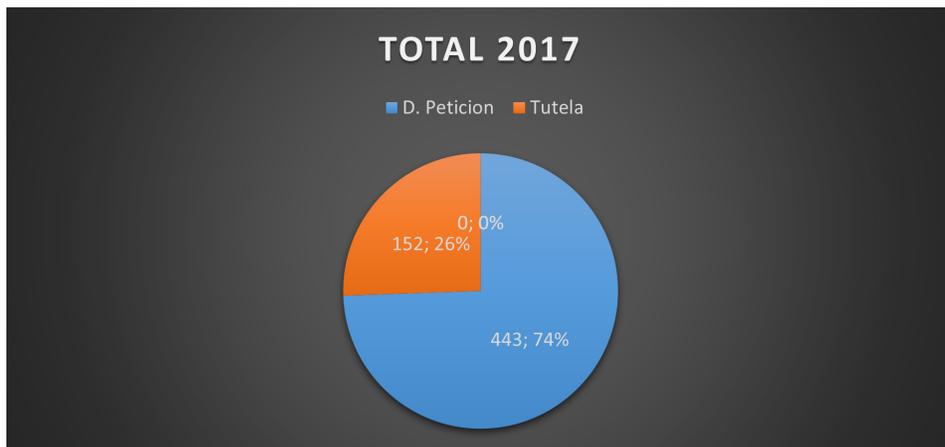
Figura 3
Datos obtenidos del informe final de gestión año 2018



Nota. Elaboración Propia. Fuente: Consultorio Jurídico de CECAR

Para el año 2018 hay una leve disminución en relación a las peticiones en derecho público, se realizaron 363: en civil 18 y en laboral 43 casos atendidos mediante este instrumento, en relación a la acción de tutela, se realizaron 196 en público, 2 en civil y en materia laboral 6.

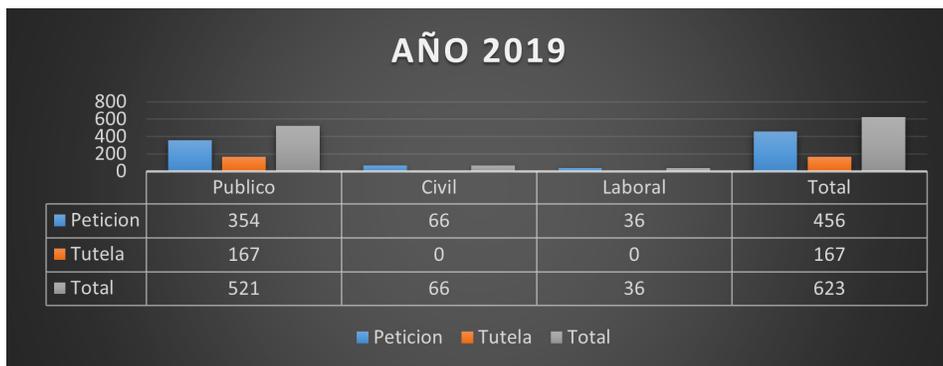
Figura 4
Gestión año 2018



Nota. Elaboración propia. Fuente: Consultorio Jurídico de CECAR.

Tal y como se evidencio en la Figura 4 para el año 2018 se presentó un aumento en la totalidad, sumando 628 (entre ambos instrumentos), teniendo que el 68% equivalente a 424 corresponde a las peticiones, mientras que el 32% equivalente 204 a las tutelas.

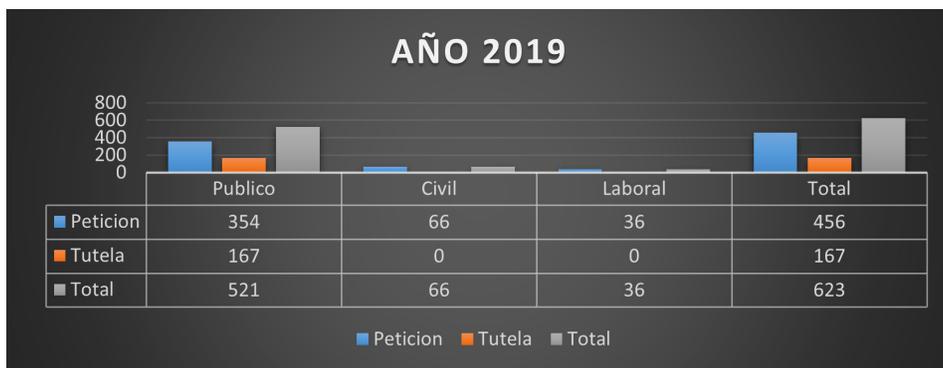
Figura 5
Gestión año 2019



Nota. Elaboración Propia. Fuente: Consultorio Jurídico de CECAR.

El año 2019, en el área de público, se mantienen casi en igual número: la petición con 354 peticiones, aumenta considerablemente en civil con 66, mientras que en laboral decae a cero documentos para un total de 456 peticiones. En relación a la acción de tutela, tenemos que en público se realizaron 167, pero con un resultado de cero tanto en civil como en laboral.

Figura 6
Gestión año 2019

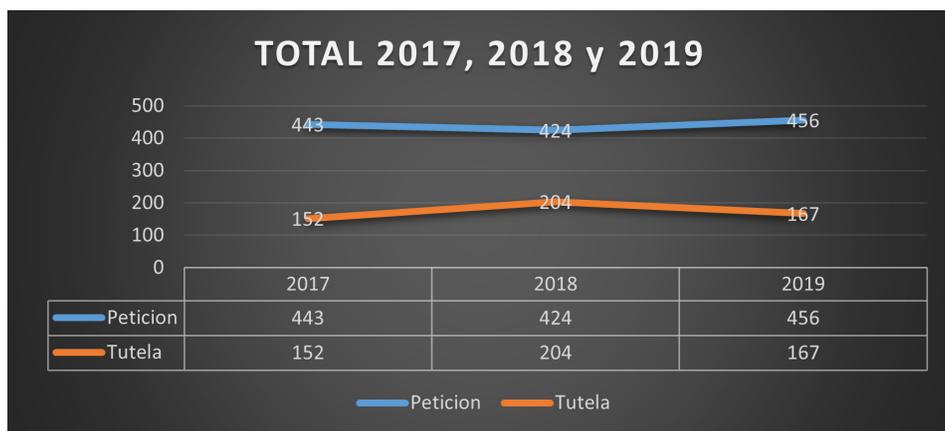


Nota. Elaboración propia. Fuente: Consultorio Jurídico de CECAR.

La utilidad del derecho de petición como mecanismo de solución pacífica y directa de los conflictos, desde la práctica del Consultorio Jurídico de CECAR, años 2017- 2019

Este último año relacionado en la gráfica anterior, tiene un total en peticiones en derecho público, civil y laboral de 456 documentos elaborados (peticiones) equivalentes al 73% frente a las 167 acciones de tutela realizadas durante dicho año correspondiente a un porcentaje restante del 27%.

Figura 7
Informe final de gestión años 2017, 2018 y 2019

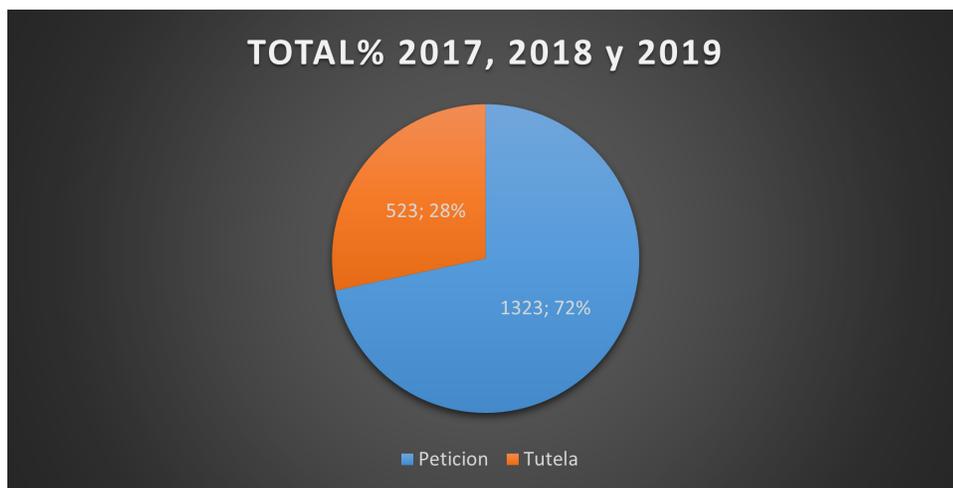


Nota. Elaboración propia. Fuente: del Consultorio Jurídico de CECAR.

En la sumatoria de los tres años analizados de forma individual anteriormente, nos permitimos relacionar el total de peticiones y tutelas que se realizaron en conjunto durante los tres años en mención, por lo que tenemos que en las estadísticas siempre fue evidente la diferencia entra la utilización del derecho de petición en las diferentes áreas, pues como se evidencia en peticiones para el año 2017 tuvo un total de 443, para el año 2018 tuvo un leve descenso, al bajar a 424, pero que para el año 2019 repuntó nuevamente a 456.

Por otro lado, con respecto a la acción de tutela su línea es inversa a la de la petición, pues en todas las áreas tratadas se tiene un total de 152 para el año 2017, para el 2018 aumentó a 204 y cerró el año 2019 con disminución al bajar a 167 tutelas en los tres años en mención en las monitorias de consulta y Liga Universitaria de Protección al Consumidor en las áreas de público, civil y laboral.

Figura 8
Datos obtenidos del informe final de gestión años 2017, 2018 y 2019



Nota. Elaboración propia. Fuente: Consultorio Jurídico de CECAR.

En términos de porcentaje con el total de cada una de las dos herramientas jurídicas de que disponen los usuarios del Consultorio Jurídico de CECAR tenemos que la petición tiene un gran total de 1323 documentos realizados, equivalente al 72% del total, comparado a la acción de tutela tenemos que la misma cuenta con el 28% restante, que equivale a 523 documentos realizados.

Al analizar y detallar año por año e derecho de petición frente a la acción de tutela en las áreas de público, civil y laboral, encontramos que el primero duplica y un poco más al segundo, pues la diferencia nos demuestra inequívocamente la función y rol que cumplen ambas en la práctica diaria del Consultorio Jurídico de CECAR con la atención de usuarios que acuden a nuestras instalaciones a buscar ayuda para sus problemas jurídicos, es por ello que la petición es indispensable para la búsqueda de la solución pacífica y directa de los problemas jurídicos abordados desde el consultorio, de este modo, demuestra la gran utilidad que tiene para los usuarios y los estudiantes en atención a los primeros.

La utilidad del derecho de petición como mecanismo de solución pacífica y directa de los conflictos en las áreas de derecho público, civil y laboral en las monitorias de consulta y Liga Universitaria de Protección al Consumidor

El ejercicio de este derecho, en interés particular, en la práctica de consultorio jurídico, va encaminada a hacer saber a la entidad con la cual se tiene la diferencia una problemática particular del usuario que llega a nuestra dependencia para asesoría jurídica y elaboración del documento, con la finalidad de conseguir mediante este la concreción favorable de lo que pide.

De conformidad con lo vislumbrado en las estadísticas, el derecho de petición, frente a la acción de tutela, es la herramienta más utilizada al momento de buscar una solución jurídica al usuario con ocasión a la problemática que presenta, ya que esta le permite acudir de forma directa al ente que considera que vulnera alguno de sus derechos con el propósito solucionar la situación, pues es de su esencia que el derecho de petición sea una herramienta idónea y pertinente para buscar de forma pacífica el arreglo, solución o aclaración del problema jurídico que se padece o, así también, para acudir por los distintos motivos que establece el artículo 13 de la Ley 1437 de 2011 en su inciso segundo: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos (Secretaria del Senado, 2011). Es así como para este ejercicio la norma resalta que puede ser utilizado sin mayor formalidad, solemnidad o tecnicidad que pueda conllevar a complejizar su uso, además, se destaca que dicho instrumento no necesita de mayores requisitos y menos de la representación de un abogado para poder utilizarlo.

La utilidad y practicidad del derecho de petición le permite ser ejercido por cualquier persona, sin conocimientos básicos o previos de derecho, pues con el simple hecho de plasmar en un papel, de ir y manifestar verbalmente la situación o de enviar un email o mensaje electrónico a una dirección electrónica destinada para ello, recae sobre quien recibe la petición la obligación Constitucional y legal de dar respuesta oportuna y de fondo según lo pedido, pues este derecho es ampliamente protegido y es

del resorte de todas las personas sin discriminación alguna, tanto así que la ley establece hasta sanciones disciplinarias para el funcionario público que los desconozca.

La solución pacífica de los temas que se ventilan por medio de las peticiones no necesariamente tienen que ser favorable a lo que se pide, pues la meta cuando se utiliza es que tanto el usuario que presenta la petición como quien la recibe, puedan plasmar sus argumentos facticos, jurídico y jurisprudenciales con los cuales busca sustentar lo manifestado en cada parte, que una vez hecho ese ejercicio jurídico quede claro quién tiene la razón, pues si es favorable al usuario (y este ha sido reconocido por la entidad que fue objeto de la misma) porque quien pide tiene la razón, es claro entonces que se ha acabado con el problema planteado, y por ello no hay lugar a la trascendencia del problema, lo mismo pasaría si es en el sentido contrario, ya que si con los argumentos y demás elementos a quien le piden demuestra que el usuario no tiene la razón y que, por ente, lo solicitado es desfavorable a quien pide, con la utilización de la petición se causa el mismo efecto, solo que a la inversa y, por tanto, se ha extinguido el problema jurídico planteado por quien pido; por ello, el problema queda totalmente radicado.

Es claro que resolver de manera directa y pacífica las diferencias mediante la petición, no deriva precisamente en que se tenga que dar el resultado favorable al peticionario, pues el éxito de la petición reside en que ambas partes mediante petición y respuesta debidamente argumentada conlleven al contrario a reconocer sin reparo alguno que la otra parte tiene la razón y, por tanto, le asiste el derecho, de modo que, en aras de evitar un conflicto mayor en sedes judiciales, extrajudiciales o arbitrales se logre arreglarlo con la simple petición que se había impetrado.

Ahora bien, para que este mecanismo cumpla con su función debe existir por ambas partes que integran los extremos de la relación una alta conciencia y disposición de aceptar hasta dónde llega su derecho con la finalidad de tener la capacidad de reconocer, sin dilación alguna, el derecho que le asiste a la contraparte y viceversa, ya que la petición permite exponer una serie de hechos y derechos que al estar amparados legalmente pueden llegar a ser resarcidos por la parte a quien pide.

Así mismo, se puede dar el efecto en sentido contrario a quien pide, pues según los erguimientos de cada quien se concluye que lo que se pide carece de hechos facticos y jurídicos que permitan negar o no reconocer lo que se pide y que con ello se llegue a una situación en la que el problema entre ambas partes quede resuelto, independientemente si es en favor del peticionario o si es en favor de ante quien se presentó.

Un ejemplo común en consultorio jurídico en las monitoria que se relacionan, es cuando mediante una petición se solicita a una EPS determinada el suministro de un medicamento recetado por el doctor tratante, pues hasta esa fecha no se le había entregado, la EPS efectivamente contesta favorable o tal vez no conteste, pero resuelve a favor del usuario en entregar las medicinas del caso, en este ejemplo la razón la tenía el usuario que reclamaba sus medicinas y así la EPS lo reconoció y ordenó entregarla, situación que evita acudir a una queja ante la súper salud o acudir a los jueves mediante acción de tutela.

Contrario al caso anterior, tenemos como ejemplo los comparendos impuestos a personas que infringieron las normas de tránsito, por lo cual se les impuso el comparendo, se les realizó la audiencia donde lo declararon contraventor, iniciaron el proceso de cobro coactivo dentro de los tres años siguientes y le notificaron el mandamiento de pago y embargan al señor, una vez este se entera acude mediante petición a la Secretaría de Tránsito pidiendo prescripción, porque eso había sido en 2014 y ya era 2019 y, por tanto, había prescrito y no tenía por qué pagar. En respuesta, la administración le dice que cumplió con todo lo que la ley ordena y entrega copia de cada una de las actuaciones donde efectivamente se evidencia que se cumplió con todos los pasos y etapas y que por ello quedó en firme, pero que el peticionario nunca se presentó a dicho proceso, lo que deriva en que al peticionario se le niega lo que solicita y por ello debe proceder a lo adeudado por concepto de la multa impuesta.

La utilidad e incidencia del derecho de petición cuando es ejercido por cualquier persona bien en derecho público, civil o laboral, desde la práctica de consultorio jurídico en las monitorias mencionadas, es bastante evidente y dicente de cómo la petición es la llamada a encabezar en cada materia como la primera herramienta para solucionar pacífica y directamente cualquier conflicto suscitado, bien sea ante la administración municipal en materia de derecho público, ante una empresa que vendió un

servicio en civil, o una situación ante un empleador frente a su trabajador en materia laboral, en todas y cada una de las materias se puede invocar la petición como ese medio expedito para acudir con hechos justificables y sus argumentos jurídicos junto a sus soportes, a fin de persuadir a la entidad ante la cual se presenta el problema que se tiene un derecho y que el mismo ha sido desconocido o vulnerado.

Conclusiones

El derecho de petición en Colombia fue estatuido desde los orígenes de la república misma como un mecanismo, herramienta o derecho de todas las personas para reclamar por sus derechos, bienes o cosas, asimismo, como un medio para que la gente pudiera pedir ante cualquier autoridad pública según sus necesidades y hechos particulares y con ella acudir de forma directa, pacífica y respetuosa para que fuesen escuchados sin la necesidad de mediar otra persona o entidad.

En cuanto a su utilización e incidencia se concluye con las estadísticas de las monitorias de consulta y Liga Universitaria de Protección al Consumidor que el derecho de petición es la herramienta más utilizada e importante con que se cuenta, en primera medida, para hacer valer las reclamaciones de los usuarios frente a los distintos entes, tanto en público como civil y laboral, la petición es indispensable para buscar de forma directa y pacífica la solución al problema padecido por quien acude a las instalaciones del consultorio jurídico.

En cuanto a la petición como medio de solución directa y pacífica de los conflictos hemos podido concluir que por la naturaleza mismas del derecho de petición esta nace, es y se consolida como la primera herramienta jurídica llamada a ser utilizada para poder llegar a una solución pacífica y directa de los conflictos suscitados entre quien ejerce el derecho de petición y quien está en legitimación pasiva de recibirla, pues con cada respuesta positiva o negativa, siempre que estén basadas en derecho, se da una solución directa entre ambas partes, lo que pone fin al conflicto suscitado y lo que evita que trascienda a otra esfera cuando ambas partes

La utilidad del derecho de petición como mecanismo de solución pacífica y directa de los conflictos, desde la práctica del Consultorio Jurídico de CECAR, años 2017- 2019

son conscientes y tienen claro donde empieza el derecho de uno y termina el derecho del otro, independientemente si es en derecho público, civil o laboral esta herramienta es útil en cada una de ella.

Referencias

- Banrepcultural (S.f). *Red Cultural del Banco de la Republica de Colombia*.
https://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php/Constituciones_de_Colombia
- Congreso de la Republica de Colombia. (07 de julio de 1994). *Alcaldia de Bogota*. <http://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=2752>
- Congreso de la Republica de Colombia. (18 de enero de 2011). *Secretaria del Senado*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html
- Constitucion Politica de la Monarquia Española. (18 de marzo de 1812). *Congreso de España*. <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812.pdf>
- Corte Constitucional. **Sentencia C-007 de 2017**. Dra. Gloria Ortiz Delgado Lores y Comunes Inglaterra. (13 de 02 de 1689). *Dipublico.org*. <https://www.dipublico.org/3664/bill-of-rights-ley-que-declara-los-derechos-y-libertades-de-los-ingleses-y-establece-el-orden-de-sucesion-de-la-corona-inglaterra-1689/>
- Torremocha Jimenez, M. (3 De Septiembre De 1791). *IES Las Musas*. Obtenido de <http://www.ieslasmusas.org/geohistoria/constitucionfrancesa1791.pdf>

Capítulo 3



Excepcionalidad de la acción de tutela contra providencias judiciales: el caso del Circuito Judicial de Sincelejo¹

Jaime Navarro Galindo², Berenice Albis Salas³

Resumen

La Corte Constitucional colombiana reconoce que los jueces en sus providencias pueden desconocer derechos fundamentales. En razón a ello, admitió como única excepción la procedencia de la acción de tutela cuando los funcionarios judiciales incurran en una vía de hecho. El presente estudio busca determinar si en las providencias judiciales emanadas por los administradores de justicia se sigue el precedente constitucional establecido en la Corte Constitucional en relación con la excepcionalidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y establecer las formas como se han venido aplicando, tomando como caso de estudio las providencias emanadas por los despachos judiciales en Distrito Judicial de Sincelejo, para el periodo comprendido entre 2012 y 2015. Se concluye que las causas principales por las cuales se declara la improcedencia de la acción de tutela en el departamento de Sucre son el no cumplimiento del requisito de inmediatez y la falta de agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. Este último de vital

1 Producto del desarrollo del proyecto de convocatoria interna de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, titulado: El rol del Consultorio Jurídico, Centro de Conciliación y Centro de Atención a Víctimas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, en la Construcción de Paz y Acceso a la Justicia en Sucre, Colombia

2 Magíster en Derecho con énfasis en derecho procesal de la Universidad Externado de Colombia y especialista en derecho laboral y administrativo de CECAR en convenio con la Universidad Libre. Profesor asistente en la Facultad de Derecho en la Corporación Universitaria del Caribe CECAR: Correo electrónico: jaime.navarrog@cecar.edu.co.

3 Maestrante en derecho de la Universidad de Cartagena. Juez segunda penal municipal para adolescentes, Especialista en derecho penal de la universidad Externado de Colombia y derecho laboral, administrativo y procesal civil de Cekar. Correo electrónico: berenicealbis@hotmail.com.

importancia, pues refleja la naturaleza de la acción de tutela como mecanismo subsidiario y residual dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave: acción de tutela, vía de hecho, precedente constitucional, derechos fundamentales, Colombia

Abstract

The Colombian Constitutional Court recognizes that the judges in their decisions can disregard fundamental rights, and in this way admitted as the only exception for the protection of the judicial officials that had incurred in a de facto way. In subsequent jurisprudence, the Court added other types of defects constituting de facto avenues. The present study aims to determine whether the legal decisions issued by the administrators of justice follows the constitutional precedent established in the Constitutional Court in relation to the exceptionality of the tutela action against decisions and establish the forms as have been applied, taking as a case study the orders issued by the courts in Judicial District of Sincelejo, for the period between 2012 and 2015. The main causes for which the inadmissibility of the protection action is declared in the department of Sucre are the non-fulfillment of the immediacy requirement and the lack of exhaustion of the ordinary and extraordinary means of judicial defense. The latter is of vital importance as it reflects the nature of the tutela action as a subsidiary and residual mechanism within the Colombian legal system.

Keywords: civil rights actions, unlawful conduct, constitutional precedent, fundamental rights

Introducción

La acción de tutela, regulada en el artículo 86 de la Constitución Política, ha sido instituida para la protección de los derechos constitucionales fundamentales de la persona. Desde su nacimiento, el 7 de julio de 1991, ha cobrado especial relevancia en el ordenamiento jurídico colombiano, al punto que, actualmente, se constituye en el principal y el más efectivo instrumento de defensa de estos derechos (Cifuentes, 1997). Su importancia radica en que juega un papel esencial en "...acercar el derecho a la realidad, proteger a los sectores más vulnerables, y promover una cultura genuinamente fundada en el respeto de los derechos fundamentales" (Botero, 2006, p. 18).

El historial de esta institución jurídica se remonta a las corrientes del Estado neoconstitucional (Carbonell, 2007) que impregnan la Constitución de 1991 y pugnan por hacer efectivos y materializar el catálogo de derechos fundamentales incorporados en su texto. Bajo esa línea, la labor de los jueces adquiere gran protagonismo por ser los llamados a garantizar los derechos fundamentales, pero no solo aquellos acogidos en el cuerpo de la carta, sino los contenidos en las normas internacionales de derechos humanos dotados de fuerza vinculante e integrados a la normatividad colombiana a través de la figura del bloque de constitucionalidad: el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en la norma constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato expreso de misma (Corte Constitucional, 1995).

Debe denotarse que esta tarea corresponde al juez constitucional y a todos los que ejercen la función de administrar justicia, en asuntos civiles, laboral, penal, administrativo, etc., pues así lo consagra el artículo 4 superior, según el cual la Constitución es norma de normas e impera sobre cualquier otra prescripción que le sea contraria.

En ese orden y descendiendo a la finalidad de la acción constitucional de la tutela, les corresponde a los jueces aplicar directamente las normas constitucionales en aras de determinar los casos en que se está frente a una amenaza o violación concreta proveniente de la acción u omisión de las

autoridades públicas o de los particulares, no predispuestos, claro está, de ser refutadas con eficacia a través del uso de otro procedimiento que se pueda intentar ante los jueces.

En efecto, la tutela fue concebida como un instrumento de defensa judicial de carácter subsidiario, es decir, no sustituye, ni subsume el trámite de los procesos judiciales definidos para entrar a resolver los conflictos jurídicos que se presenten contra las autoridades y los particulares. Así se consagró en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta esta acción constitucional.

Esa caracterización de la acción de tutela, es lo que ha conducido a que no sea considerada como una herramienta apropiada para cuestionar la función que desarrollan los jueces, pues ese recurso judicial según Villamil (1999):

No se ha instituido para mejorar la interpretación, ni para corregir vicios de procedimiento o faltas de ritualidad, que no alcanzan siquiera a ser nulidad procesal definida por el legislador. Tal cometido compete a las instancias (juez natural) y procedimientos instituidos por el legislador. (p. 759)

Al margen de lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia consideran que, en algunas ocasiones, la acción de tutela es un instrumento viable para enmendar graves errores judiciales. La posición sobre la materia fue fijada en la Sentencia C-543 de 1992, y a partir de allí la Corte Constitucional ha mantenido invariable la doctrina sobre la excepcionalidad de la acción tutela contra resoluciones judiciales, a menos que se evidencie en la decisión adoptada por el funcionario judicial una “vía de hecho”. Esto es, cuando la decisión es producto de una actuación arbitraria o temeraria del funcionario judicial, pues si obedece a un juicioso análisis de la situación fáctica del caso concreto y de la legislación aplicable al aspecto jurídico debatido, el amparo constitucional no prospera.

El desarrollo jurisprudencial de la doctrina de la vía de hecho condujo a extender su noción a otros casos en los que se advertían irregularidades en el trámite de un proceso judicial, recogándose las mismas en la Sentencia C-590 de 2005, que en esencia da cuenta de los casos en que procede la

acción de tutela —requisitos generales— y aquellos en que los defectos en los procesos vulneran derechos básicos de la persona —requisitos especiales—.

Ahora, si bien existen numerosos estudios sobre la forma en que la Corte Constitucional ha edificado la figura de la acción de tutela como mecanismo excepcional contra providencias judiciales, a nivel empírico y regional existe poca evidencia sobre cómo se ha venido desarrollando esta problemática y cuáles son las principales herramientas normativas utilizadas por los administradores de justicia para entrar a analizar y resolver las tutelas interpuestas contra providencias judiciales. Los dos trabajos más destacados en el tema son los de Ortiz (2008), que aborda la temática de la tutela contra providencias judiciales a través de un análisis cuantitativo, y el de Rico (2015), que estudia la acción de tutela contra providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado, mediante un análisis cualitativo y cuantitativo para los años 2012-2014.

Tomando como estudio de caso los despachos judiciales del Circuito Judicial de Sincelejo, el objetivo de la presente investigación consiste en determinar si en las providencias judiciales emanadas por los administradores de justicia se sigue el precedente constitucional establecido en la Corte Constitucional en relación con la excepcionalidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y las formas como se han venido aplicando; teniendo como período de referencia los años que van de 2012 a 2015. Para ello, se identifican cuáles son los requisitos de procedencia de la acción de tutela en el que se apoyan los jueces y magistrados al momento de tomar sus decisiones.

Metodología

El diseño de la investigación se desarrolló en dos etapas. En la primera, se definieron las categorías o variables de análisis de las providencias, que se extraen de dos fuentes básicas: (i) la revisión de la teoría y la normativa constitucional y (ii) el trabajo de campo mismo efectuado en los juzgados. En la segunda, se llevó a cabo un proceso de revisión y extracción de la información de los expedientes y su sistematización en una base de datos

construida para tal fin. La sistematización de la información se orientó a permitir la comparación de las diversas tipologías de casos y la extracción de tablas de frecuencias entre las categorías, atendiendo a su vez a su jerarquía.

La acción de tutela. Marco constitucional, legal y jurisprudencial

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 86, incorporó la acción de tutela —también llamada recurso de amparo— como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Esta institución procesal fue inspirada, según Castillo (2009) en:

La concepción mexicana de la Acción de Amparo y las corrientes neoconstitucionalistas del derecho español, aportando a la Constitución Política una acción que vela por el accionar efectivo del ordenamiento jurídico, el cual debe velar por la promoción y el respeto de los derechos fundamentales del ciudadano. (45)

Bajo esa doctrina del derecho constitucional se concibió a la tutela como una acción judicial, subsidiaria, residual y autónoma, encaminada a controlar las acciones u omisiones de todas las autoridades y, bajo ciertos supuestos, de los particulares (Botero, 2006). Es decir, la tutela es un instrumento de carácter excepcional que solo será procedente cuando no existe otro medio de defensa judicial o cuando resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable.

Así mismo, la norma que la consagra enseña que la tutela debe ser tramitada de manera expedita en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, dictando las órdenes que considere pertinentes para salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de las personas. La anterior concepción fue recogida y desarrollada en el Decreto Extraordinario 2591 del 9 de noviembre de 1991, que desarrolla y asienta lo contenido en el artículo 86 de la carta magna, e imprime su procedimiento y procedibilidad. En ese decreto, entonces, se precisan sus principios y objeto; los derechos protegidos; las reglas de interpretación de los derechos tutelados; cuándo procede la acción y cuáles son sus causales generales de improcedencia; las reglas generales en materia de competencia; y las condiciones de procedencia de la acción frente a particulares.

Por su parte, el Decreto 306 del 19 de febrero de 1992, que reglamenta el Decreto 2591 de 1991, establece los casos en que no existe perjuicio irremediable; precisa los derechos protegidos por la acción de tutela; establece cuándo no existe amenaza de un derecho constitucional fundamental; consagra los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto por el Decreto 2591 de 1991; establece cómo se hace la notificación de las providencias a las partes y también los efectos de las decisiones de revisión de la Corte Constitucional y de las decisiones sobre las impugnaciones de fallos de tutela.

Ahora bien, la Corte Constitucional inscrita como intérprete supremo de la Constitución y guardiana de su integridad y supremacía, en el artículo 43 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la administración de Justicia (entiéndase en sentido amplio incluyendo los tratados de derechos humanos), ha jugado un papel importante en la edificación de las sub-reglas y criterios de interpretación que regulan todo el accionar de la tutela, al punto que sus fallos se constituyen actualmente en fuente del derecho constitucional.

El cambio que significó para Colombia del pasar de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho significó para el juez un cambio trascendental en su labor judicial, pues de ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, ser un “ser inanimado” (Rodríguez, 2004), se convirtió en creador consciente de sub-reglas jurisprudenciales en ejercicio de su función como intérprete autorizado del texto constitucional (López, 2006).

En desarrollo de ese cambio la Corte edificó la doctrina del precedente constitucional, definido como “... aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia” (Corte Constitucional, 2006, p. 44). También, en dicho fallo de constitucionalidad se recalcó el carácter vinculante de esa doctrina y la función orientadora de las decisiones futuras a tomar por los jueces de inferior jerarquía en orden a satisfacer las necesidades sociales de seguridad jurídica e igualdad.

Pero, eso no significa que el funcionario judicial frente a un cambio de la realidad social colombiana, ajuste y varíe el precedente constitucional en un determinado asunto, puede hacerlo, en virtud del principio de independencia judicial, a condición de que justifique de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario y en criterio de la Corte, estaría infringiendo el principio de igualdad (Corte Constitucional, 1995). Para los fines de este trabajo, el anterior recuento normativo es pieza fundamental, pues como se verá, la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales es fruto de la labor del máximo órgano de la *jurisdicción constitucional*, y lo que se busca a través de la *investigación* es determinar la manera como la doctrina del precedente constitucional se aplica dentro del Circuito Judicial de Sincelejo.

La acción de tutela contra providencias judiciales

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede contra acciones y omisiones de las autoridades. En ese contexto, los jueces, en su condición de servidores públicos encargados de la función de administrar justicia, son convocados a que sus actuaciones sean cuestionadas a través de este recurso de amparo cuando se advierta amenaza o violación a derechos fundamentales. Esa situación se consagró explícitamente en el Decreto 2591 de 1991 en sus artículos 11 y 40.

La acción de tutela, entonces, podría ejercerse contra sentencias y demás providencias judiciales que pusieran fin a un proceso, siempre que se hiciera dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la providencia correspondiente. Pero luego del análisis de constitucionalidad a la que fueron sometidos los citados artículos, en la Sentencia C- 543 de 1992 desaparecieron del ordenamiento jurídico con la declaratoria de inexecutable. Para la Corte estas normas resultaban ser violatorias del artículo 86 Superior y contrarían los principios constitucionales de autonomía judicial, seguridad jurídica, cosa juzgada y la desconcentración de la administración de justicia.

No obstante, la Corte en esa misma decisión judicial consideró que la tutela sí era procedente contra providencias judiciales y cita como ejemplos cuando el juez ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo o en acatamiento de los términos judiciales y ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se

desconozcan o amenacen los derechos fundamentales o se pueda causar un perjuicio irremediable. En estas hipótesis —dice la Corporación— no se afecta la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia (Corte Constitucional, 1992). Las bases de la determinación que han sido abordadas desde 1992 por ese organismo vienen dadas por la inmediatez y subsidiariedad, por un lado y, por otro, la cosa juzgada. Cada una de ellas se describe a continuación.

Inmediatez y subsidiariedad

De acuerdo con la Sentencia C- 543 de 1992 “la tutela no puede utilizarse como alternativa a los mecanismos ordinarios dado su carácter residual y a que su inmediatez deviene de la presunción que el derecho fundamental vulnerado requiere solución inmediata”. Desde 1992 esos principios mantienen su vigencia y han sido renombrados como esenciales toda vez que no resulta procedente instaurar una acción de tutela cuando se disponga de otro medio de defensa judicial por una parte y de otro lado “su urgente aplicación viene dada ante la necesidad de guardar la efectividad concreta y actual del derecho sujeto a violación o amenaza” (Corte Constitucional, 1992).

En este orden de ideas deviene así mismo la excepcionalidad de la acción que guarda fielmente la autonomía e independencia que detentan los jueces, así como el principio de la cosa juzgada sobre las sentencias judiciales ejecutoriadas. También indicó el máximo órgano constitucional que la presentación de la acción de tutela debía ser razonable, es decir, debían agotarse todos los mecanismos legales existentes como requisito de procedibilidad en tanto que de ser utilizada para subsanar yerros cometidos en sede de instancia desbordaría el carácter subsidiario de la misma.

Cosa juzgada

El estudio de la cosa juzgada fue abarcado por la Corte como ese marco que crea la seguridad jurídica a los fallos emanados de los jueces de instancia como derivación del debido proceso, estimándose que al finalizarse un debate jurídico solo podría revisarse en sede de tutela con carácter excepcional y siempre en procura de velar por la protección

de un derecho fundamental evitando la consumación de un perjuicio irremediable, aspecto indispensable para que tuviera cabida la acción de tutela contra providencias judiciales.

Se consideró entonces la figura del error judicial, indicando este que no obstante el cumplimiento estricto de las normas en un proceso, la seguridad jurídica y la cosa juzgada de una sentencia judicial, cabe la posibilidad que el operador judicial puede llegar a errar, configurándose situaciones que impliquen la consumación de un perjuicio irremediable y violación directa de derechos fundamentales de los administrados y si la acción de tutela no sirve para proteger dichos aspectos pierde su identidad total.

Luego, en la Sentencia de tutela T- 079 de 1993, empieza la Corte a elaborar la doctrina de las vías de hecho en las providencias judiciales. La misma Corte Constitucional, ha entendido como vías de hecho: "... cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona" (p. 11). Así, como se dijo en la Sentencia T-368 de 1993, tratándose de tutela contra providencias judiciales:

Las actuaciones de los jueces pueden ser atacadas mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Carta y no exista otro medio de defensa judicial para la adecuada protección del derecho fundamental lesionado". En el entendido de que en las decisiones judiciales son intangibles en razón a la autonomía funcional de los jueces y, por tal razón, son invulnerables a la acción de tutela al existir en el sistema jurídico mecanismos de defensa, mientras que aquellas providencias viciadas de irregularidades que afectan derechos básicos de las personas, se susceptibles de ser resueltas vía tutela. (p. 11)

Tenemos entonces que desde la declaratoria de inexecutable de los Arts. 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, y que con posterioridad a la misma la Corte Constitucional empezó el precedente jurisprudencial

fijando los requisitos de procedibilidad de tipo excepcionalísimo y teniendo inicialmente como base fundamental las vías de hecho, para luego, mutar a causales generales de procedibilidad de la acción de tutela.

Requisitos generales y especiales para la procedencia excepcional de la acción de tutela

A lo largo de los años la Corte ha seguido perfeccionando su criterio en el tema por lo que en Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005 hizo alusión a los requisitos generales y especiales para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Los generales son los siguientes:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes. Esto es que la acción de tutela no debe ventilar el fondo del asunto, sino que el restablecimiento del derecho radica en la protección de normas de rango constitucional.
- b. Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de

las funciones de esta última. Es decir, el mecanismo no es alternativo o accesorio, sino que requiere el agotamiento de los mecanismos ordinarios y extraordinarios, salvo que se active para evitar la consumación de un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio.

- c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos. La inmediatez, como se dijo anteriormente, viene dada en que el restablecimiento de los derechos presuntamente vulnerados debe darse a la mayor brevedad posible. Por ello, cuando la situación generadora de peligro desapareció o el objeto del amparo se haya desvanecido se carece de este principio cuya presencia es indispensable para la procedencia del amparo.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-590 de 2005, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y, por ello, hay lugar a la anulación del juicio. Esta causal tiene que ver con la dimensión de la irregularidad procesal, entendida esta como aquella que afecta el principio de la

legitimidad de la actuación, escapando de la órbita de esta aquellas actuaciones que puedan sanearse incluso después de la sentencia.

- e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. Quien considere vulnerados o puestos en peligro sus derechos fundamentales debe identificar los hechos que originen esa violación y enunciar los derechos que considere violados.
- f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto, por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas. Esta prohibición tiene su espíritu en evitar la dilación indefinida de los debates que tienen que ver con protección de derechos fundamentales, pues, precisamente, lo que se persigue con la acción es la efectiva tutela a los mismos.

En la Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, además de los requisitos generales, se señalaron las causales de procedencia especiales o materiales del amparo tutelar contra sentencias judiciales. Según la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos siguientes:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- h. Violación directa de la Constitución.

Dicho lo anterior, para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales se requiere que la decisión se encuadre dentro de las causales generales y especiales previamente mencionadas, caso en el cual se activa para el Juez Constitucional la posibilidad de revisar las decisiones que tienen vocación de legalidad.

No obstante, la Corte Constitucional ha afirmado que la aplicación de esta doctrina constitucional tiene carácter eminentemente excepcional en virtud del principio de independencia de la administración de justicia y del carácter residual de la acción de tutela, razón por la cual las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra resoluciones judiciales deben manifestarse en forma evidente y tener la capacidad para desvirtuar la juridicidad del pronunciamiento judicial objeto de cuestionamiento.

Casos de estudio

Con el propósito de determinar si los administradores de justicia se ciñen a las líneas jurisprudenciales establecidas por la máxima autoridad constitucional, con respecto a la excepcionalidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la presente investigación llevó cabo un análisis cuantitativo tomando como caso de estudio las providencias emanadas por los diferentes despachos judiciales en el Circuito Judicial de Sincelejo.

En particular, el objeto de estudio está representado por los autos y sentencias emanadas de los distintos despachos judiciales que fueron objeto de revisión, modificación o revocación a través de una acción de tutela contra el fallo emitido, durante el periodo 2012 a 2015. En total se evaluaron 83 acciones de amparo, las cuales fueron conocidas y resueltas por los funcionarios judiciales vinculados a la jurisdicción ordinaria, en asuntos civiles, familia, laboral y penal. La siguiente Tabla resume los casos que son objeto de estudio (Tabla 1).

Tabla 1
Casos de estudio según el área de la jurisdicción ordinaria y año en que se profirió la sentencia de tutela

Área	2012	2013	2014	2015	Total	Porcentaje
Civil	15	15	24	9	63	75.9%
Familia	2	1	2	1	6	7.2%
Laboral	0	0	5	1	6	7.2%
Penal	3	0	4	1	8	9.6%
Total	20	16	35	12	83	100%
Porcentaje	22.9%	18.1%	42.2%	16.9%	100%	

Nota. Fuente: Cálculos propios

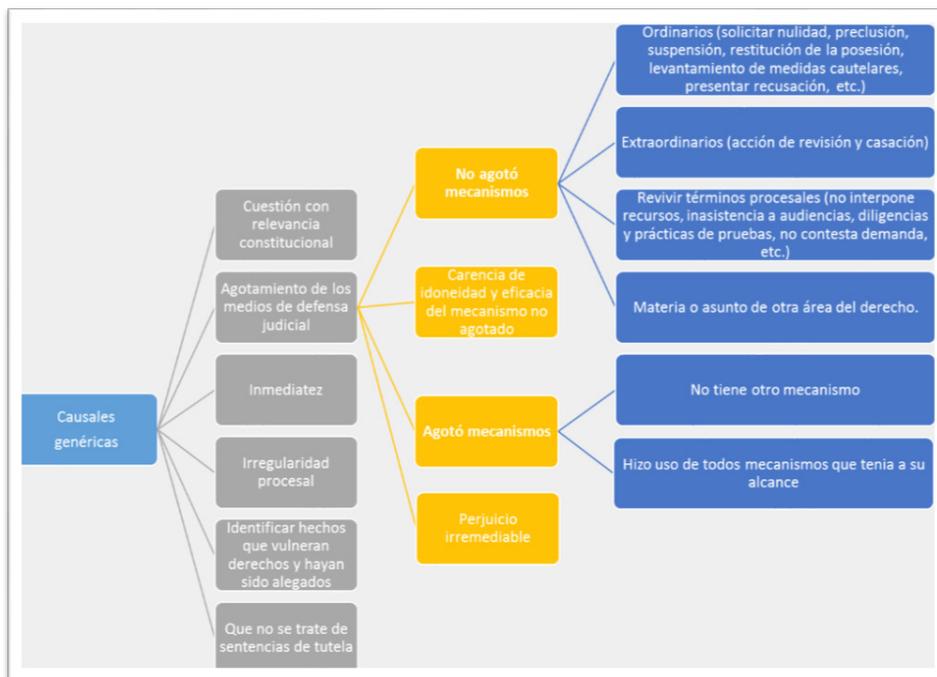
En Sincelejo existen diez juzgados ante los que se puede acudir en la materia, de los cuales ocho permitieron consultar la información de los expedientes. En total, se contó con la colaboración de juzgados de circuito (cuatro civiles, uno laboral y dos penales y un penal para adolescentes) y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo. No se encontraron tutelas contra providencias judiciales en los juzgados penales y penal para adolescentes. Esto puede deberse a que los ciudadanos prefieren acudir a la acción constitucional de Habeas Corpus, teniendo en cuenta que en estos casos se afecta en gran medida el derecho a la libertad. Adicionalmente, no se incluyeron en la muestra acciones de amparo contra el auto que sanciona dentro del trámite de un incidente de desacato, que amerita un marco conceptual y diseño de investigación diferente, pues se amplían los requisitos de procedibilidad de la tutela:

La acción de tutela es procedente de manera excepcional frente a las decisiones proferidas en el trámite del incidente de desacato, siempre que se cumplan con dos presupuestos: (i) Que se demuestre la existencia de una de las causales de procedibilidad; y (ii) que el trámite del incidente haya finalizado con decisión debidamente ejecutoriada.

Se podría afirmar, entonces, que los casos evaluados constituyen una muestra representativa de la actividad judicial en materia de tutela contra decisiones judiciales en Sincelejo. Una de las ventajas de seleccionar a la ciudad de Sincelejo como caso de estudio es su condición de ciudad intermedia, con pocos jueces en la jurisdicción constitucional, lo cual

permite que el volumen de casos a analizar no sea tan extenso, exista mayor facilidad de acceso a la información y la posibilidad de asumir un horizonte temporal más amplio; permitiendo evaluar más adecuadamente la evolución de los cambios jurisprudenciales en torno a ese tema en un contexto local.

Figura 1
Categorías de análisis para las causales genéricas de procedibilidad



Nota. Fuente: Elaboración propia

En el análisis, la primera peculiaridad importante es entre las causales genéricas y específicas de procedibilidad. La finalidad marca la diferencia entre ambas causales, así: Las genéricas determinan si es procedente el estudio de la acción de tutela contra providencias judiciales. En palabras de la Corte Constitucional (2008):

... Son requisitos que tienden a racionalizar el uso de la acción de tutela contra providencias judiciales de forma tal que se pueda controlar la constitucionalidad de las mismas sin que el juez de tutela reemplace a los jueces de instancia o afecte otros bienes o derechos de marcada relevancia constitucional. (p. 47)

Por su parte, las específicas son aquellas que tienen que ver con la procedencia del amparo de tutela, es decir:

... Buscan asegurar que los jueces ordinarios puedan ejercer sus facultades propias (vgr. de interpretación del derecho legislado y valoración de las pruebas) y aplicar las normas pertinentes a los hechos particulares de cada caso, sin que el ejercicio ordinario de tales facultades pueda verse desplazado o sustituido por decisiones de jueces de tutela (Corte Constitucional, 2008, p. 13).

Aplican solo cuando se configuran las causales genéricas de procedibilidad. En ese orden de ideas, la labor del operador judicial se encamina a verificar si se cumplen estos presupuestos, comenzando con el estudio de los requisitos de genéricos de procedibilidad, los cuales deben ser analizados, uno a uno y en el orden establecido por la jurisprudencia constitucional, para luego y una vez comprobados, revisar el fallo cuestionado haciendo uso de los criterios específicos de procedibilidad. Por tanto, el análisis del cumplimiento de las reglas jurisprudenciales establecidas por la máxima autoridad constitucional, debe hacerse empezando por las casuales genéricas, en el siguiente orden:

(i) que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio fundamental irremediable; (iii) que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (iv) que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que se afecta los derechos fundamentales de la parte actora; (v) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

Se evidenció la necesidad de subdividir la causal “que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial” en cuatro sub-causales en orden a identificar las razones que determinan la procedencia e improcedencia de este recurso de amparo. Estas son: (i) no agotó mecanismos; (ii) carencia de idoneidad y eficacia del mecanismo no agotado; (iii) agotó mecanismos; y (iv) perjuicio irremediable. Las sub-causales no agotó mecanismos y el no probar que se está frente a un perjuicio irremediable, denotan indiscutiblemente la improcedencia de la tutela y no permiten el estudio de las demás causales genéricas, considerando que esta acción constitucional no tiene la vocación de sustituir los medios de defensa judicial que trae el ordenamiento jurídico para cada tipo de proceso, sea penal, civil, laboral, etc., en virtud de su carácter subsidiario.

También, se buscó identificar los eventos en que se configuraba la sub-causal “No agotó mecanismos” (Corte Constitucional, 2014), discriminándolos en mecanismos ordinarios, extraordinarios, revivir términos procesales y materia o asunto de otra área del derecho. Para mayor comprensión del tema se definen así:

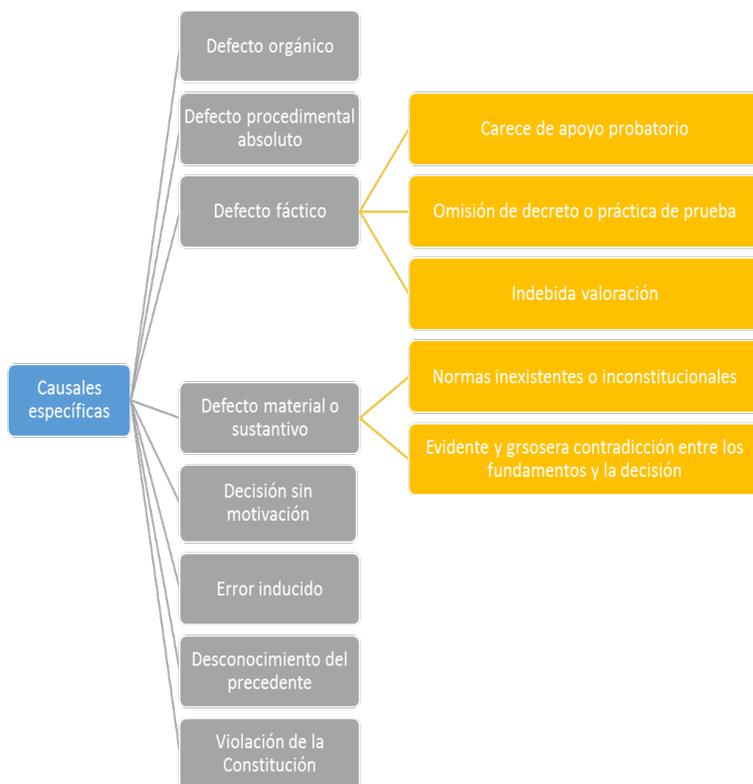
— Los ordinarios, son aquellas situaciones en las que el demandante de la tutela no ejecuta al interior del proceso judicial actividades como incoar incidente de nulidad, prejudicialidad, recusación, suspensión, restitución de la posesión, levantamiento de medidas cautelares, preclusiones, aprobación de cesión de derechos litigiosos, etc.

— Los extraordinarios, se refiere a cuando no se ejercita el recurso de casación y la acción de revisión. El revivir términos procesales, hace referencia al no uso de los recursos de ley (apelación y reposición), inasistencia a audiencias, diligencias y prácticas de pruebas, no contestar la demanda, etc. En cuanto los asuntos o materia de otra área del derecho, esta sub-causal ocurre cuando se le pide al juez constitucional que compulse copias a los órganos de control y jurisdiccional para que se investiguen las actuaciones irregulares de jueces, abogados y partes; o también cuando se le exige a la Fiscalía General de la Nación que archive o inicie una investigación penal.

Otras causales, como carencia de idoneidad y eficacia del mecanismo no agotado, agotó mecanismos y el acreditar que se está ante un perjuicio irremediable prevén la procedencia de la tutela como vía para la protección de los derechos fundamentales de la persona, por lo que su configuración permite continuar con el análisis de los otros requisitos generales de procedibilidad.

Ahora bien, cuando se está ante la sub-causal “Agotan mecanismos”, es posible identificar dos subdivisiones adicionales: (i) no tiene otro mecanismo o (ii) hizo uso de todos los que tenía a su alcance. En el primer caso, se trata de aquellas situaciones en que la persona no le asiste un medio de defensa judicial ordinario o extraordinario (en el trabajo se halló que esta circunstancia se aplicó, en forma unánime por los jueces en los procesos de única instancia cuando el ataque en sede de tutela se dirige a las sentencias proferidas en esos procesos); en el segundo, se materializó en el trabajo en los casos en que se advirtió que la persona hace uso de todos los medios de defensa que tuvo a su alcance al interior del proceso, por ejemplo, interpuso recursos, presentó nulidades, etc., pero, a pesar de ello, la decisión del juez fue mantener la providencia judicial cuestionada.

Figura 2
Categorías de análisis para las causales específicas de procedibilidad



Nota. Fuente: Elaboración propia

La Figura 2 perfila las categorías de análisis para las causales específicas de procedibilidad. Estas corresponden a los defectos o vicios que pueden llegar a presentarse en una decisión judicial. Para determinar la procedencia de la tutela se hace necesario e indispensable que se acredite la existencia de al menos uno de estos defectos: (a) defecto orgánico; (b) defecto procedimental absoluto; (c) defecto fáctico; (d) defecto material o sustantivo; (e) error inducido; (f) decisión sin motivación; (g) desconocimiento del precedente y (h) violación directa de la constitución. De igual forma, debe tenerse en cuenta que, en el caso de estos defectos, las modalidades de configuración pueden ser variadas, es una cláusula abierta a los diversos hechos que pueden darse en el desarrollo de la actividad jurisdiccional (Quinche, 2013).

Esto es, pueden darse errores del funcionario judicial propios de cada proceso, considerando su naturaleza y el procedimiento establecido para cada uno de ellos. Un referente son los ritos del proceso penal (Sistema Penal Acusatorio) y el proceso civil, totalmente distinto sobre, por ejemplo, el manejo de la prueba, pues en el primero requiere que la prueba sea practicada en la audiencia del juicio, mientras que el otro, tal requisito no es necesario. Por tanto, y en ese contexto, resulta difícil categorizarlas, no obstante, en este trabajo se intentó hacerlo, teniendo como base las actuaciones irregulares más repetitivas alegadas en contra de los jueces adscritos al Circuito Judicial de Sincelejo.

Al igual que en las causales genéricas, procedimos a distinguir las sub-causales que pueden encuadrar el defecto fáctico y el defecto material; únicos de posible subdivisión clara. El defecto fáctico se relaciona con el proceso de decreto, práctica y valoración de la prueba y puede tener las siguientes eventualidades: (i) cuando carece de apoyo probatorio la decisión emitida por el juez natural del proceso; (ii) por omisión o negación del decreto y prácticas de pruebas; y (iii) cuando el juzgador hace una indebida valoración probatoria porque omite la valoración de una prueba, dar por no probado el hecho que claramente emerge de ella y por valoración defectuosa del material probatorio. Por su parte, según la Corte Constitucional (2011) existe defecto sustantivo o material cuando:

La actuación controvertida desconoce una ley adaptable al caso o se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (i) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (ii) es inconstitucional, (iii) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución les reconoce a las autoridades judiciales, se produce (iv) un grave error en la interpretación de la norma, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación contraria a la Constitución. (17)

Siguiendo esos lineamientos y para efectos del trabajo de investigación la causal del defecto material se subdividió en dos sub-causales: (i) normas inconstitucionales o inexistentes y (ii) evidentes y grosera contradicción

entre los hechos y los fundamentos de la decisión. Además de las categorías señaladas, también se caracterizaron los casos considerando otras variables que pueden ser relevantes para distinguir algunos patrones, entre ellas el área del derecho al que pertenece el juez que resuelve la acción de tutela; el tipo de providencia (auto interlocutorio o sentencia); tipo de administrador de justicia que emite la decisión (juez o magistrado), y el resultado de la acción de tutela. A su vez, se estudiaron otros aspectos relacionados con la naturaleza de las personas que interpone la acción de tutela, es decir, si es natural o jurídica, si se presentó en nombre propio o con apoderado judicial, si la providencia judicial fue impugnada y su resultado y, finalmente, los derechos fundamentales constitucionales invocados.

Resultados

En esta sección se analizan los resultados obtenidos de la aplicación de la metodología y la revisión de documental. La Tabla 2, muestra que el mayor número de tutelas contra providencia judiciales corresponden a procesos de doble instancia (66.3%), en particular son importantes los procesos ejecutivos singulares (15.7%). A nivel individual, también resaltan en importancia los procesos abreviados de restitución de bien inmueble arrendado (19.3% de los casos, y los ejecutivos singulares de mínima cuantía (12%).

Esta tendencia puede obedecer a que, en el caso de los procesos de única instancia, una vez emitida la sentencia no es posible controvertir tal decisión ante otro juez dentro del proceso judicial; por tal razón, solo resta como mecanismo de defensa judicial la acción de tutela. Esto también viene a indicar que una de las providencias judiciales más atacadas son las emitidas por jueces municipales, pues son ellos los que tienen competencia en procesos de única instancia, es decir, los abreviados.

Tabla 2
Naturaleza del proceso

Naturaleza del proceso	Total	Porcentaje
1. Procesos de única instancia	28	33.7%
Abreviado de restitución de bien inmueble arrendado	16	19.3%
Ejecutivo singular de única instancia	10	12.0%
Laboral ordinario de única instancia	2	2.4%
2. Procesos de doble instancia	55	66.3%
Adolescentes	1	1.2%
Deslinde y amojonamiento	2	2.4%
Ejecutivo de alimentos	3	3.6%
Ejecutivo hipotecario	7	8.4%
Ejecutivo singular de primera instancia	13	15.7%
Nulidad de registro civil de nacimiento	1	1.2%
Ordinario de primera instancia	4	4.8%
Penal	6	7.2%
Prescripción extraordinaria de dominio	3	3.6%
Proceso divisorio	3	3.6%
Reivindicatorio	1	1.2%
Responsabilidad civil extracontractual	2	2.4%
Saneamiento de propiedad	1	1.2%
Sucesión	1	1.2%
Sucesión	1	1.2%
Tutela	5	6.0%
Total general	83	100%

Nota. Elaboración propia. Fuente: Cálculos propios

La Tabla 3 muestra que el uso de las causales genéricas registra una mayor frecuencia en relación con la aplicación de las específicas. Esto puede explicarse por el hecho de que el análisis que debe hacer el administrador de justicia parte, primeramente, del estudio de los requerimientos procedimentales que habilitan la procedibilidad de la tutela (genéricas), y posteriormente, una vez configurados todos estos, se acude a examinar si se afectan derechos fundamentales a través del examen de estas últimas, las específicas.

También se refleja que en un porcentaje del 7.2% los funcionarios judiciales visitados abordaron el examen de las causales específicas sin detenerse en el estudio de las genéricas, en contravía a las orientaciones establecidas por la Corte para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues para la época en que se expedieron estas resoluciones judiciales (2012 a 2015), la Corte había sistematizado y unificado los requisitos de procedencia y las razones de procedibilidad, en las sentencias C-590 de 2005 y SU-913 de 2009. Esta situación tuvo como punto de partida el hecho de que el funcionario judicial hizo el análisis de procedencia de la acción constitucional múltiples veces, teniendo como horizonte la definición de vía de hecho judicial, aquel concepto, según el cual:

... las decisiones judiciales caprichosas, arbitrarias e irrazonables, doctrina que aplicada a la labor de interpretación judicial comporta infirmar las decisiones en las que el juez elige la norma aplicable o determina su manera de aplicación i) contraviniendo o haciendo caso omiso de los postulados, principios y valores constitucionales, ii) imponiendo criterios irracionales o desproporcionados, iv) sin respetar el principio de igualdad, y v) en desmedro de los derechos sustantivos en litigio. (Sentencia SU-120 de 2003, p. 17)

En efecto, la improcedencia de la acción de tutela estaba dada cuando operara esta figura, vía de hecho judicial, sin embargo, y en palabra del autor Manuel Fernando Quinche-Ramírez, se dio una “redefinición dogmática” de la misma, conforme a la cual esta institución no se limitaba a los 4 defectos denotados en ese momento —fáctico, sustantivo, orgánico y procedimental—, sino que era posible extender el amparo a situaciones distintas a estos defectos (Quinche-Ramírez, 2010).

Tabla 3
Tipos de causales y tipos de providencia

Tipo de causal (es) analizadas	Contra auto	Contra sentencia	Total	Porcentaje
Genérica	28	28	56	67.5%
Específica	0	6	6	7.2%
Genéricas y específicas	10	10	20	24.1%
Ninguna	0	1	1	1.2%
Total	38	45	83	100%
Porcentaje	45.8%	54.2%	100%	

Nota. Elaboración propia. Fuente: Cálculos propios

En otros casos, no se identifica la causal genérica ni tampoco la específica, así, como tampoco se enuncia que se aplica la definición restringida de vía de hecho, esta situación la rotulamos como “Ninguna”. La motivación del funcionario judicial al resolver el conflicto jurídico planteado se limitó a indicar que las anomalías esgrimidas por el demandante, vía de tutela, no vulneraban derechos fundamentales, pues se ajustaban al procedimiento estipulado en la norma en cuestión, luego de hacer un recuento de lo acontecido en el trámite del proceso.

Otra situación notable que halló en la labor de interpretación constitucional de los funcionarios judiciales adscritos al Circuito de Judicial, deriva en que, en algunos eventos, se invoca una causal genérica o específica para desestimar las pretensiones de la tutela, pero no argumentan esa decisión. Es por ello que en el Anexo 1 *Variables de caracterización de los casos*, aparece una categoría designada “No se explican” en las sub-causales de defecto fáctico y en el material o sustantivo. En otra ocasión, el operador judicial estima que se configura la causal genérica, sin embargo, estudia la específica alegada en un interés de sustentar aún más su fallo.

En general, resulta visible que los funcionarios judiciales en el Circuito Judicial de Sincelejo, Sucre, comprenden y siguen con pocas excepciones los lineamientos establecidos por la jurisprudencia constitucional. También es resaltable que, en un alto porcentaje, la labor de interpretación del juez finaliza en el examen de las causales genéricas, reafirmando así el carácter

excepcional del recurso de amparo, cuyo propósito se encamina a la protección de derechos fundamentales y no ha de desplazar la tarea del juez ordinario.

En la Tabla 3 se percibe, así mismo, que las acciones de tutela contra sentencia son mayores que las encaminadas contra autos. Entre las sentencias se destacan dos clases: unas, la de procesos de única instancia, pues las personas, en su impotencia, no les queda otra vía de defensa judicial, por lo que acuden, generalmente sin éxito, a la acción de tutela; dos, la de las sentencias de primera instancia, en este caso, los actores han perdido la oportunidad de interponer el recurso de apelación contra esa decisión, viendo a la tutela como la oportunidad para alegar aquellos vicios o irregularidades no propuestas al interior del proceso, o simplemente pretendiendo que se haga una nueva valoración probatoria.

Al revisar el número de tutelas examinadas por los despachos judiciales irradiados en la Tabla 4, encontramos una prominencia de las no concedidas con el 91.6% de los casos, mientras que de las concedidas son constituyen un 8.4%. Este porcentaje de tutelas concedidas es significativo e indicativo de que no son muchos los casos en que, efectivamente, se presenta vulneración de derechos fundamentales al interior de un proceso judicial, prevaleciendo la regla general de improcedencia de la tutela contra providencias judiciales, y como excepción su procedencia. Esta sub-regla se mantiene, en forma unánime, entre los funcionarios adscritos al Circuito Judicial de Sincelejo, en ambos casos se ve un alto número de tutelas no concedidas, los jueces registran 40 y los magistrados 36.

Tabla 4
Resultado de la acción de la tutela y administrador de justicia que emite la decisión

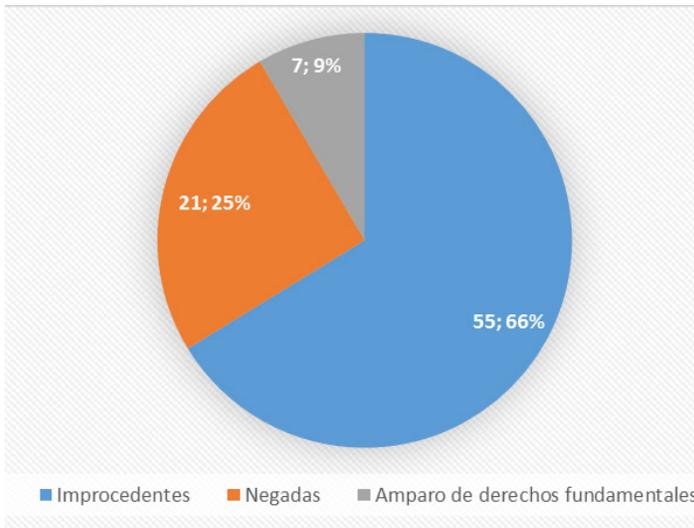
Resultado de la acción de tutela	Juez	Magistrado	Total	Porcentaje
Concedida	3	4	7	8.4%
No concedida	40	36	76	91.6%
Total	43	40	83	100.0%
Porcentaje	51.8%	48.2%	100.0%	

Nota. Elaboración propia. Fuente: Cálculos propios

De manera similar a lo evidenciado por Ortiz (2008) se encuentra que la tutela tiene mayores probabilidades de concederse en esas corporaciones judiciales. Vale anotar que son los casos que engloba las sentencias de tutela que fueron declaradas negadas por improcedentes y aquellas que fueron negadas por no vulnerar derechos fundamentales

Al revisar cada providencia objeto de investigación se da como resultado que: 55 sentencias de tutela fueron improcedentes, 7 ampararon derechos fundamentales (ver Tabla 9 casos 1, 4, 31, 56, 59, 71, 72 y 21) denegaron el amparo deprecado (Figura 3). De las concedidas una (1) es un asunto de carácter laboral y los 6 restantes son civiles. No se advierte concedidas por los funcionarios del área penal.

Figura 3
Resultado de la tutela



Nota. Elaboración propia. Fuente: Cálculos propios.

La utilización de los vocablos “improcedencia” y “denegar” no se hace con la rigurosidad de su significado, ya que, aunque una y otra determinación converge en la desestimación de las pretensiones del peticionario, lo que ocurre es que la primera debe ser el resultado del estudio preliminar de las causales genéricas que permitan el análisis de fondo de los hechos esgrimidos, que, en caso de superarse, habrá que decidir sobre la concesión

o negación del derecho. El término “denegar” es esgrimido por el juez de tutela para significar, luego de proceder a estudiar de fondo el asunto, que no vislumbró afectación de derechos fundamentales.

Por otra parte, de acuerdo con la Tabla 5 se reafirma lo ya dicho, en torno a que en algunos casos se abordó el estudio tomando como referente las causales específicas, obviando de esa manera como debe desarrollarse el tema de tutela contra providencias judiciales, explicado en el razonamiento realizado en la Tabla 1, que exige analizar, primeramente, las causales genéricas y, luego, y solo en el evento que estas se estructuren pasar al estudio de las específicas. Esta actuación judicial anómala se reflejó únicamente en algunos jueces.

Tabla 5
Tipos de causales y administrador de justicia que emite la decisión

Tipo de causal (es) analizadas	Juez	Porcentaje	Magistrado	Porcentaje	Total	Porcentaje
Específicas	6	19.4%	0	0.0%	6	7.2%
Genéricas	26	19.4%	30	76.9%	56	67.5%
Genéricas y específicas	10	58.1%	10	23.1%	20	24.1%
Ninguna	1	3.2%	0	0.0%	1	1.2%
Total	43	100%	40	100%	83	100.0%

Nota. Elaboración propia. Fuente: Cálculos propios

Los 6 casos registrados de causales específicas (ver casos 63, 64, 66, 68 y 79) las fundamentó el operador judicial en sentencias anteriores a la C-590 de 2005, en las cuales se recoge y se asienta el concepto de vía de hecho como parámetro para determinar la procedencia o no de la acción de tutela. Entre ellas se cita reiteradamente las sentencias C-543 de 1992, T-094 de 1997 y T-567 de 1998.

Lo anterior refleja un desconocimiento claro del precedente constitucional sobre la forma que debe realizarse la labor de interpretación constitucional, claramente, explicada en el fallo C- 590 de 2005 y demás posteriores a estas que desarrollan esa temática. Además, encontramos que son los magistrados quienes concentran, considerablemente, su estudio

en las causales genéricas, por presentar un número de 30 casos, para un porcentaje del 76.9%. En menor grado, están los jueces con 26 (19.4%). En cuanto al número de veces en que son analizadas ambas causales (genéricas y específicas), resultan ser iguales las trabajadas tanto por los jueces como por los magistrados, al evidenciarse 10 casos.

Tabla 6
Naturaleza del proceso y procesos en cursos y concluidos

Naturaleza del proceso	Proceso concluido	Proceso en curso	Total
1. Procesos de única instancia	39	46	85
Abreviado de restitución de bien inmueble arrendado	1	15	16
Ejecutivo singular de única cuantía	4	5	9
Ordinario de única instancia		2	2
2. Procesos de doble instancia	33	22	55
Adolescentes	1		1
Deslinde y amojonamiento		2	2
Ejecutivo de alimentos	1	2	3
Ejecutivo hipotecario	5	2	7
Ejecutivo singular de primera instancia	11	2	13
Nulidad de registro civil de nacimiento	1		1
Ordinario de primera instancia	3	1	4
Penal	3	3	6
Prescripción extraordinaria de dominio	2	1	3
Proceso divisorio	3		3
Reivindicatorio		1	1
Responsabilidad civil extracontractual	1	1	2
Saneamiento de propiedad	1		1
Sucesión	1	1	2
Tutela		5	5
Verbal Sumario cancelación de hipoteca		1	1
Ejecutivo singular de única instancia		1	1
Total	38	45	83

Nota. Elaboración propia. Fuente: Cálculos propios

Es posible concluir a partir de la Tabla 6 que el ataque contra providencias judiciales, en sede de tutela, se dirige indistintamente contra procesos en curso y concluidos, el margen de 7 casos no es revelador. En el plano de los procesos en particular si denota lo ya identificado con respecto a que los procesos de única instancia, por esa naturaleza, embisten mayores discusiones luego de su terminación mediante sentencia. Un ejemplo son los abreviados de restitución de bien inmueble arrendado con 15 y los ejecutivos de única instancia con 6. La Figura 3, muestra la clasificación de los casos analizados, teniendo en cuenta de las causales genéricas de procedibilidad.

Se observa que las causales genéricas más usadas por los jueces para motivar sus decisiones corresponden en su orden: el agotamiento de medios defensa judicial (92.1%), el cumplimiento inmediatez (42.1%), relevancia constitucional (32.9%), irregularidad procesal (28,9%), identificar hechos que vulneran derechos y alegados (28,9%) y no se trate de sentencias de tutela (34,2%). De ello, podemos concluir que el operado judicial no empieza en todos los casos teniendo como punto de partida el orden de prelación de causales establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia C -590 de 2005.

En un alto porcentaje, los operadores judiciales inician el estudio con la causal de agotamiento de medios de defensa judicial (Opción b), por lo que, una vez precisada esta, se continúa con las demás causales, deteniéndose el examen en un porcentaje significativo en el cumplimiento de la inmediatez y luego se sigue con el resto en las causales señaladas.

En contados eventos el funcionario judicial acude directamente a otras causales. Así, se detectaron tres casos en el que se analizó el requisito de inmediatez negando la tutela por improcedente, así ocurrió en otro en el que se procedió al estudio de las causales: irregularidad procesal, identificar hechos que vulneran derechos y alegarlos y tutela contra tutela. Finalmente existió uno que declaró negar la tutela por improcedente, por dirigirse contra un fallo de tutela.

De todos estos requisitos habilitantes de procedibilidad de la tutela sobresalió *no agotar los mecanismos ordinarios o extraordinarios* con 50 casos (un 64.9%) de la siguiente forma: ordinarios, 28 (36.4%), extraordinarios, 3 (3.9%), revivir términos procesales 26 (34.2%) y materia o asunto de otro proceso 6 (7.9%).

En ese orden de ideas, llama la atención los porcentajes obtenidos en las sub-causales de *no agotamiento de medios ordinarios y revivir términos procesales*, en total suman 54 casos. Este resultado nos lleva a concluir que los accionantes utilizan la tutela como una herramienta para subsanar los errores cometidos al interior de un proceso judicial, por lo que, su prosperidad se ha visto condicionada grandemente por la no consecución de este requisito de procedibilidad.

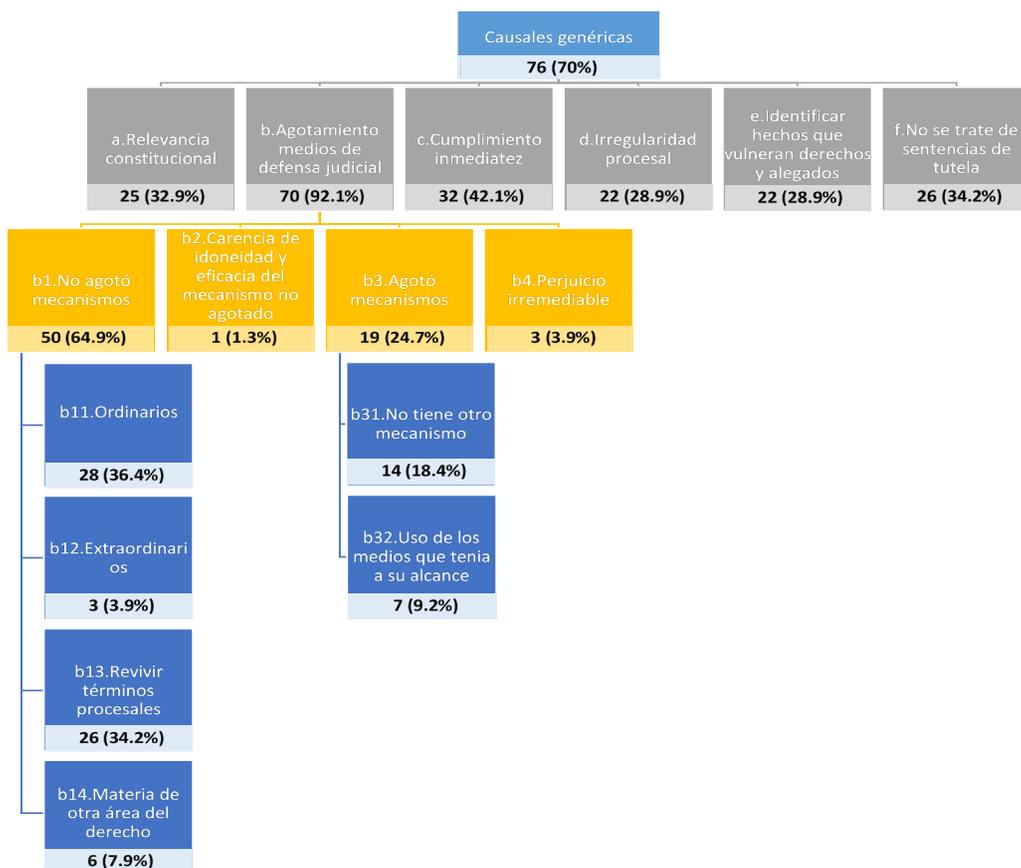
Es decir, la inactividad de las partes conduce a la interposición de esta acción constitucional. Siguiendo con la causal (b), encontramos que en 19 casos el funcionario judicial determinó que se habían agotados los medios de defensa judicial del actor de la tutela, unos, porque no los tenían 14 (18.4%), otros porque hicieron uso de todos los que tenía a su alcance 7 (9.2%) y, finalmente, porque el medio no agotado carencia de idoneidad y eficacia 1 (1.3%). En 3 casos (3.9%) se analizó si se estaba frente a un perjuicio irremediable.

La Figura 3 muestra las causales específicas examinadas por los administradores de justicia. Se halló que en total fueron 25 ocasiones en las que se aplicaron este tipo de causales, con los siguientes resultados: 2 en defecto orgánico, 8 en defecto procedimental absoluto, 16 en defecto fáctico, 3 en defecto sustantivo o material, 0 en desconocimiento del precedente judicial, decisión sin motivación, error inducido y violación de la constitución.

En ese sentido, es valedero colegir que predominó el defecto fáctico. En cuanto a las situaciones que nos ubican ante un defecto fáctico, se detectó que los casos más recurridos pretenden que el funcionario judicial, en sede de tutela, realice una nueva valoración probatoria de un medio de prueba o de todo el material de prueba. En total fueron 14 ocasiones en que se esgrimió este vicio de indebida valoración probatoria, mientras que las demás se dieron así: uno (1) cuando el juez carece del apoyo probatorio

para sustenta el fallo, y cero (0) cuando en el transcurso de un proceso se omite la práctica o decreto de pruebas y ello modificaría la determinación tomada en la providencia.

Figura 4
Resultado para causales genéricas de procedibilidad



Nota. Fuente: Cálculos propios. En la figura se establece el número de casos y entre paréntesis los porcentajes, que se calculan tomando como denominador el total de procesos que involucran causas genéricas.

Así mismo, se observa que predominó el ataque contra las sentencias emitidas contra procesos de única instancia y que el defecto más alegado en esos fallos es el fáctico, con lo cual se persigue que el juez de tutela realice la labor de un juez de segunda instancia, evaluando nuevamente el material probatorio.

Como lo muestra la Tabla 1, los fallos de los procesos abreviados fueron los que más se cuestionaron, a nivel individual, a través de la tutela, concretamente 15. El defecto o vicio material o sustantivo se inquirió teniendo en cuenta lo siguiente: (i) los casos en que se resuelve con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, encontrándose 2 casos en que se presentó esta situación; y (ii) cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión, aquí se dio en cero (0) evento.

Ahora bien, los vicios exhortados que condujeron al amparo del derecho fundamental al debido proceso se dividieron así: 1 por defecto material o sustantivo (aplicación de normas inexistentes o inconstitucionales); 2 por defecto fáctico (indebida valoración probatoria); y 4 por defecto procedimental. Lo anterior revela varias cosas:

— La primera, fueron pocos los casos en que los funcionarios judiciales considerando que se afectaron derechos fundamentales, concretamente el debido proceso. En total, en 7 providencias emitidas por funcionarios judiciales adscritos al área del derecho civil y uno laboral.

— Segundo, prevaleció el defecto procedimental. Es pertinente anotar que este resultado coincide con la investigación que se realizó en el Consejo de Estado sobre la acción de tutela contra providencias judiciales proferidas por esta entidad en su Sección Tercera (Rico, 2015). La tabla 7, refleja que las acciones de tutela contra providencias judiciales son interpuestas principalmente por personas naturales y poco lo hacen las personas jurídicas. La intervención del apoderado judicial no es frecuente en el uso de este mecanismo de amparo constitucional.

Tabla 7

Persona natural o jurídica y actuación en nombre propio o a través de apoderado

Persona	En Nombre Propio	Apoderado Judicial	Total	Porcentaje %
Jurídica	6	3	9	10.8%
Natural	55	19	73	88.0%
Total	61	22	83	100.0%
%	73.5%	26.5%	100%	

Nota. Elaboración propia. Fuente: Cálculos propios

De la Tabla 8, que busca establecer la participación del apoderado judicial dentro de las acciones de tutelas contra providencias judiciales y el resultado de la misma, se concluye que su intervención no garantiza el amparo de los derechos fundamentales invocados.

Tabla 8

Actuación en nombre propio o a través de apoderado judicial y resultado de la acción de tutela

Actuación	Concedida	No concedida	Total	Porcentaje %
En nombre propio	5	56	61	73.5%
Apoderado judicial	2	20	22	26.5%
Total	7	76	83	100.0%
%	8.4%	91.6%	100.0%	

Elaboración propia. Fuente: Cálculos propios

La siguiente Tabla, la 9, evidencia que los derechos constitucionales fundamentales más alegados corresponden: al derecho al Debido Proceso con 82 casos, al Acceso a la Administración de Justicia con 27, y a la Defensa con 26. Otros derechos reclamados por tutela se exhiben en la gráfica que se presenta a continuación.

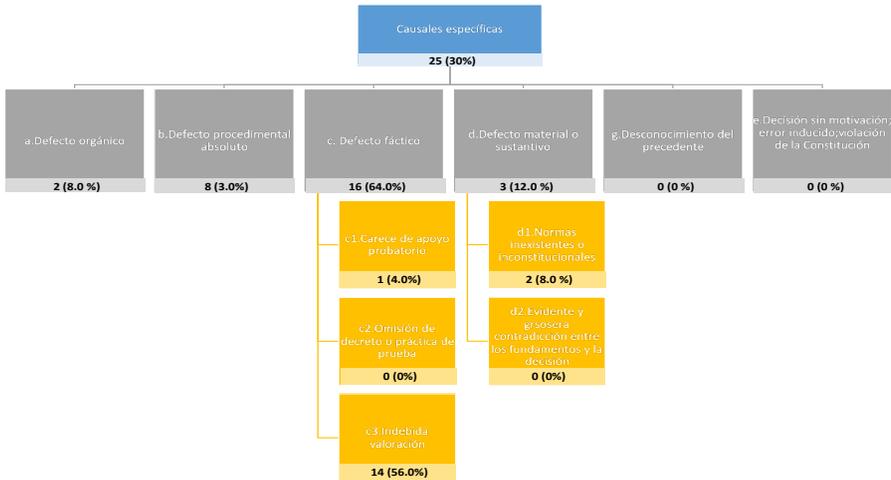
Tabla 9

Fallos de tutela impugnados y sus resultados en primera y segunda instancia (casos aplicables)

Fallos de tutela impugnados	Confirma	Revoca	Nulidad	Total	%
Improcedencia	28	3	1	32	69.6%
Denegaron	9	2	0	11	23.9%
Tutelaron	3	3	0	3	6.5%
Total	37	8	1	46	100%
%	80.4%	17.4%	2.2%	100.0%	

Nota. Elaboración propia. Fuente: Cálculos propios

Figura 5
Resultado para causales específicas de procedibilidad



Nota. Elaboración propia. Fuente: Cálculos propios. En la figura se establece el conteo del número de casos, y entre paréntesis los porcentajes se calculan tomando como denominador el total de procesos que involucran causas genéricas. Para las sub-causales de defecto fáctico y defecto material sustantivo hay un caso, para cada una de ellas, en el que no se explica porque no se configura estos defectos.

Siguiendo con el análisis de esta figura y comparándola con los resultados de la Tabla 4, en la cual se encontró que únicamente en 7 casos prosperó la acción de tutela, se concluye que el derecho constitucional fundamental protegido atañe al Debido Proceso. En 82 casos se alegó y en aquellos donde se concedió se salvaguardó.

En la Tabla 10 se relacionan los fallos de tutela objeto de impugnación emitidas en primera instancia por los jueces del Circuito de Sincelejo, y aquellas dictadas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial en su Sala Civil – Laboral y Familia y en la Sala Penal. En total, los fallos de tutela sujetos a revisión fueron 46 casos, con respecto a 37, en los cuales no se hizo uso de ese recurso de instancia.

Amén de lo anterior, encontramos las decisiones judiciales dictadas en las sentencias antes mencionadas, señalando si éstas se declararon improcedentes, fueron denegadas o se concedió el amparo de tutela. De

esta tabla, se colige que la declaratoria de improcedencia en los fallos de tutela se mantuvo en segunda instancia, pues de las 32 impugnadas, 28 se confirmaron, 3 se revocaron y en una se declaró la nulidad de toda la actuación.

Con respecto a las que se decidieron negarse, se siguió la tendencia a respaldar la decisión de los jueces de primera instancia, al confirmarse 9 casos, y solo revocarse 2. Por último —y que resulta ser apreciable—, de las 3 tutelas impugnadas y que concedieron los derechos fundamentales deprecados todas se revocaron. En resumen, tales resultados siguen mostrando la excepcionalidad de la acción de la tutela contra providencias judiciales.

Figura 6
Derechos invocados



Nota. Fuente: Cálculos propios

Adentrándonos a los casos en los que los jueces de segunda instancia modificaron la decisión judicial del inferior, hallamos que esta situación se presentó en 8 casos y se explican así: En 3 casos el juez de primera instancia declaró la improcedencia de la tutela, el caso 12 se revocó para

conceder transitoriamente el amparo de los derechos invocados, en el caso 41 también se cambia la determinación judicial y se concede el amparo y en el caso 51 se consideró que debía ser denegada.

En cuanto a las sentencias de primera instancia concedidas, todas fueron revocadas, sobre dos de ellas (los casos 4 y 59) el superior funcional declaró la improcedencia, y en el caso 71, se denegó la tutela. Por último, de los fallos denegados, el caso 3 resuelve revocar para conceder la tutela y el caso 54 niega inicialmente, siendo revocado para declarar la improcedencia.

Como caso especial, el 61, la tutela es negada en primera instancia, se confirma en segunda, pero por ser improcedente. En el caso 64, el superior confirma la improcedencia de la acción, pero no por las razones expuestas por el inferior.

Tabla 10

Fallos de tutela impugnados, sus resultados en primera y segunda instancia e impugnación

Fallo de primera 1° instancia	Impugnadas	Confirma	Nulidad	Revoca	No aplica	Total
Improcedencia	No				23	23
	Si	28	1	3		32
Denegaron	No				10	10
	Si	9		2		11
Tutelaron	No				4	4
	Si			3		3
		37	1	8	37	83

Nota. Elaboración propia. Fuente: Cálculos propios

Conclusiones

La Corte Constitucional colombiana reconoce que los jueces en sus providencias pueden desconocer derechos fundamentales. En razón a ello admitió como única excepción la procedencia de la acción de tutela cuando los funcionarios judiciales incurran en una vía de hecho. Si bien, existen varios estudios sobre la forma en que la Corte Constitucional ha venido edificando esta figura, son escasas las investigaciones sobre cómo se ha venido desarrollando esta problemática en la práctica y cuáles son las principales herramientas normativas utilizadas por los administradores de justicia para entrar a analizar y resolver las tutelas interpuestas contra providencias judiciales.

Tomando como caso de estudio las providencias emanadas por los despachos judiciales en Circuito Judicial de Sincelejo entre 2012 y 2015, esta investigación buscó determinar si en las providencias judiciales emanadas por los administradores de justicia se sigue el precedente constitucional establecido en la Corte Constitucional en relación con la excepcionalidad de la acción de tutela contra providencias judiciales y establecer las formas como se han venido aplicando. Para ello, se diseñó una metodología específica para recabar información cuantitativa, que permitiera identificar las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judiciales, así como la línea jurisprudencial que en la práctica siguen los casos.

Varias son las conclusiones que se desprenden de la investigación realizada. Primero, la mayor parte de los procesos analizados corresponden a asuntos del derecho civil, primordialmente, procesos ejecutivos (singular e hipotecario) y abreviado de restitución de inmueble arrendado; son presentadas primordialmente por personas naturales y no es habitual encontrar un profesional del derecho como apoderado en los procesos. Por otra parte, derechos fundamentales como el debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el de defensa son los más invocados por los reclamantes y los más amparados por la justicia.

Segundo, la mayor parte de los jueces y magistrados del Circuito Judicial de Sincelejo aplicaron el precedente constitucional, según el cual, la tutela contra providencias judiciales tiene carácter excepcional; siguen las pautas dictadas por la jurisprudencia para resolver este tipo de casos,

e incurren en pocas fallas, pese a las difíciles condiciones en que estos operadores judiciales ejercen su función de administrar justicia en esta región del país. Sin embargo, se evidenció que son los magistrados quienes individualmente son más rigurosos al analizar tutelas contra providencias judiciales, en comparación a los jueces quienes por lo general no siguen estrictamente la línea jurisprudencial.

Tercero, las causas principales por las cuales se declara la improcedencia de la acción de tutela en el departamento de Sucre son el no cumplimiento del requisito de inmediatez y la falta de agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. Este último de vital importancia pues refleja la naturaleza de la acción de tutela como mecanismo subsidiario y residual dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Esto puede estar relacionado con la alta incidencia de procesos que son llevados por personas naturales y, además, puede estar sugiriendo que los ciudadanos hacen un uso inadecuado de este recurso, sin una base sólida de los requisitos de esenciales o de entrada para su procedencia. Otro uso inadecuado de la tutela es que a través de ella se busque subsanar errores cometidos por las partes al interior de un proceso judicial (por ejemplo, su inactividad).

Cuarto, en los casos en que procedió el amparo, prevaleció el defecto procedimental como fundamento para amparar los derechos fundamentales, no obstante, es el vicio fáctico el esgrimido y estudiado por una mayor proporción de los administradores de justicia. Así mismo, los procesos de tutela se encaminaron a atacar sentencias de única instancia dado que pueden presentar mayores errores judiciales, pues no están sujetas a revisión (ejemplo: no tienen doble instancia).

Entre las líneas de investigación futura que se desprenden del trabajo estarían las siguientes: (i) ampliar la muestra de casos analizados a todo el país con el propósito de realizar un análisis comparado que permita establecer especificidades regionales, aprovechando el desarrollo desarrollado para la investigación en campo y (ii) incluir en el análisis los nuevos parámetros jurisprudenciales emanados de la Corte Constitucional a partir de 2017, en los que habilita la procedencia de la acción de tutela contra sentencias dictadas contra fallos de tutela.

Referencias

- Botero, c. (2006) La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Bogotá: Escuela Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Magistratura.
- Carbonell, m (2007) Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid, Trotta, 2007
- Castillo, F (2009) La incidencia de la acción de tutela en la implementación de las políticas públicas. Universitas, 2009, no 119, p. 35-54.
- Cifuentes, E. (1997) La Acción de Tutela en Colombia. Talca, Ius et Praxis. Constitución Política de Colombia (1991). 2da Ed. Bogotá, Legis.
- Corte constitucional (1992) Sentencia C-543 de 1992. M.P. Dr. José Hernández Galindo.
- Corte Constitucional (1995) Sentencia T- 123 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional (1997) Sentencia T-094 de 1997. M.P. Dr. José Hernández Galindo, 1997
- Corte Constitucional (1998) Sentencia C-400 de 1998. Fundamento jurídico No 57. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero
- Corte Constitucional (1998) Sentencia T-567 de 1998. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional (2003) Sentencia de Unificación 120 de 2003. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional (2005) Sentencia C-590 de 2005. M.P. Dr. Jaime Cordova Triviño, 2005
- Corte Constitucional (2006) Sentencia 813 de 2007. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, 2006
- Corte Constitucional (2006) Sentencia T-292 de 2006. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa
- Corte Constitucional (2011) Sentencia T- 464 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
- Corte Constitucional (2014) Sentencia T-103 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
- López, D. (2006) Interpretación Constitucional. 2ª Ed. Bogotá: Escuela Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura

- Ortiz, L (2008). Tutela contra providencias judiciales. Análisis cuantitativo de muestra representativa. Bogotá, Universidad Sergio Arboleda.
- Presidencia de la República (19 de febrero de 1992). Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991. Decreto 306 de 1992. Diario Oficial 40344 de 19 de febrero de 1992.
- Presidencia de la República (19 de noviembre de 1991). Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Decreto 2591 de 1991. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991.
- Quinche, M (2013). Vías de hecho: acción de tutela contra providencias. Bogotá, Colección de Textos de Jurisprudencia Editorial Universidad del Rosario.
- Quinche-Ramírez, M. F (2010). La seguridad jurídica frente a sentencias definitivas. Tutela contra sentencias. Estudios Socio-Jurídicos, 12(1), 99-126.
- Rico, G- (2015) Acción de tutela contra providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado Sección Tercera. Análisis cuantitativo y cualitativo de muestra representativa (2012-2014). Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015. Tesis de Licenciatura.
- Rodríguez, J. (2004) La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia. 2a Edición. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Villamil, E. (1999) Teoría Constitucional del Proceso. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley.

Capítulo 4



Juez competente en juicios de anotación y rectificación de actas de registro civil, en Jalisco, México. Enfoque en el XII partido judicial

Natalia García Hernández¹, Teresa Magnolia Rodríguez Preciado²,
Natasha Ekaterina Rojas Maldonado³

Resumen

La competencia del órgano jurisdiccional para resolver los juicios de modificación de actas del registro civil en el estado de Jalisco, México, es el Tribunal competente al levantamiento del acta, mismo que se tramitará bajo las reglas de los ordinarios y especiales que contempla el código adjetivo, en la vía de tramitación especial tal y como lo establece el artículo 759 del Código de Procedimientos Civiles del estado de Jalisco, tal competencia genera un obstáculo en el pleno acceso a la justicia para aquellas personas que les resulta indispensable la modificación de acta de registro civil para el ejercicio de determinados derechos humanos y que, por diversas razones, reside en lugar diverso al de asentamiento de la misma, vulnerando con la citada competencia su esfera jurídica, en su estado civil, filiación, patrimonio y derechos sociales. Se logra concluir que el juicio de anotación y rectificación de actas, que atañe derechos personales y que muchas veces resulta necesario para el ejercicio de derechos humanos, a la fecha no ha sido beneficiado con mecanismos

1 Autor de tesis Abogado titulada por la Universidad de Guadalajara, Diplomado de Medios Alternos de Solución de Controversias, Maestrante en Derecho del Centro Universitario de la Costa Sur, Jalisco, México nghz87@hotmail.com

2 Directora de tesis, Doctora en Derecho Electoral por el Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral de Jalisco, profesor de tiempo completo y coordinadora del Doctorado en Derechos Humanos en el Centro Universitario de Tonalá, Correo electrónico: magnolia.preciado@academicos.udg

3 Codirector de Tesis, Doctora en Derecho, profesora docente titular A, adscrita al departamento de estudios jurídicos, miembro del CA 853 Acceso a la justicia y cultura de la legalidad. Correo electrónico: natasha.rojas@cucsur.udg.mx

procesales que permitan el pleno acceso al ejercicio de esta acción, de forma igualitaria para todas las personas que así lo requieran sin limitación alguna.

Palabras clave: Juez, competencia, juicios de anotación, rectificación de actas, registro civil y partido judicial

Abstract

The jurisdiction of the jurisdictional body to resolve the trials of modification of civil registry records in the State of Jalisco, Mexico, is the competent court for the drawing up of the record, which will be processed under the rules of the ordinary and special rules contemplated in the adjective code, in the special processing route as established in Article 759 of the Code of Civil Procedures of the State of Jalisco, Such competence creates an obstacle in the full access to justice for those people who find it indispensable to modify the civil registry act for the exercise of certain human rights and who, for various reasons, reside in a different place than the place where they are settled, violating with the mentioned competence their legal sphere, in their civil status, filiation, patrimony and social rights. It can be concluded that the process of recording and rectifying minutes, which concerns personal rights and is often necessary for the exercise of human rights, has not yet been given the benefit of procedural mechanisms that would allow full access to the exercise of this action, on an equal footing for all persons who require it without any limitation.

Keywords: Judge, jurisdiction, notation trials, rectification of minutes, civil registry and judicial party

Introducción

El presente documento es una síntesis del proyecto de investigación de tesis para la obtención de grado de Maestra en Derecho, por la Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de la Costa Sur, se emplea la metodología cualitativa para el desarrollo de la misma y se sustenta en la teoría Iusnaturalista que nos permite analizar la validez de la norma operante, respecto al análisis de los medios procesales de acceso a la justicia como derecho humano, que versa en la competencia del órgano

jurisdiccional para resolver de los juicios de anotación y rectificación de actas de registro civil asentadas en domicilio diverso al de residencia de la parte actora, indagando en la búsqueda de medios eficaces garantes de pleno acceso a la justicia.

Precisando en el mismo orden de ideas, cabe señalar que las actas de registro civil otorgan a la persona su identidad y con ello la personalidad jurídica, siendo el documento idóneo indispensable en el goce de determinados derechos humanos consagrados en la normatividad internacional y nacional, derechos personales y sociales, tales como: derecho a la identidad, derecho a la salud, al trabajo, a una jubilación, pensión, derechos patrimoniales, entre otros, que muchas de las veces pueden verse restringidos por errores en las actas de registro civil, toda vez que esta última permite acreditar la personalidad que se ostenta y el entroncamiento familiar con determinada persona y, con ello, tener legitimidad ante el órgano de gobierno pertinente para el ejercicio de determinados derechos humanos.

Por lo mencionado, resulta indispensable la modificación del acta del registro civil, ya sea para la anotación o rectificación de la misma, lo que ocasiona un menoscabo en economía de la parte actora, toda vez que, independientemente de la causa que origina el error en el acta, los gastos y costas son asumidos por el interesado, es decir, la parte actora, pese a esto, el traslado a otra Entidad Federativa para que, de conformidad a la competencia territorial, se esté en posibilidad ante el órgano jurisdiccional de iniciar un procedimiento de modificación de acta, genera una devastación agravante en el patrimonio de la persona objeto del presente análisis.

A través de la presente investigación se pretende probar que la competencia en el domicilio de la parte actora en la tramitación especial del juicio de modificación de actas del registro civil, es el mecanismo procesal que garantizará el libre y pleno acceso a la justicia. La importancia de abordar la problemática planteada es el alto índice de residentes en la población de Autlán de Navarro, Jalisco, originarios de entidad federativa diversa, siendo esta población el objeto de estudio de la presente investigación, quienes se enfrentan a los diversos errores en sus actas de registro civil, ya sean administrativos o jurisdiccionales.

Para el tema que nos ocupa nos avocaremos a aquellos errores no subsanables mediante el procedimiento administrativo, errores que en caso determinado limitan el ejercicio de derechos fundamentales, como el derecho a la salud, asistencia social, a recibir una pensión, a la jubilación, el derecho a heredar, a la identidad e, incluso, el derecho a los alimentos.

Por tanto, tal limitación vulnera la esfera socio-jurídica de la persona objeto de la presente investigación, ya sea de forma parcial o total, sujeta a la suspensión condicional del libre ejercicio, una vez que acredite su debida personalidad. Sin embargo, la complejidad de los procedimientos judiciales que en su particularidad implica, a diferencia de los oriundos del estado, trasladarse al lugar de registro donde se comprendió el acta para estar en posibilidad de iniciar un procedimiento judicial.

Deja a este sector de la población en desigualdad procesal (que en muchas ocasiones culmina en dejar las cosas en el estado en el que se encuentran, a razón de factores económicos y/o culturales) imposibilita el debido seguimiento del trámite judicial, por tanto, la observancia de la presente problemática, y las posibles alternativas de solución representa para las personas objeto de este estudio, un panorama diverso al actual, que siguiendo las etapas del procedimiento científico, publicidad, divulgación, y en su momento punto de referencia de reformas a la ley, les podría permitir una igualdad procesal y un libre acceso a la justicia.

El objetivo general de la presente Investigación es analizar la manera de garantizar el pleno y libre acceso a la justicia a personas que requieren tramitar juicio de anotación y rectificación de actas asentadas en domicilio diverso al de su residencia. La hipótesis consiste en la competencia en el domicilio de la parte actora en los juicios de anotación y rectificación de actas como mecanismo procesal, garantizaría el libre y pleno acceso a la justicia de las personas que requieren tramitar juicio de anotación y rectificación de actas asentadas en domicilio diverso al de su residencia.

Metodología

En el presente trabajo se empleará metodología cualitativa, pues se busca adquirir información en profundidad sobre el procedimiento de los juicios de anotación y rectificación de actas del registro civil, el análisis

de cada una de sus etapas y de la teoría que sustente la necesidad de la validez del derecho operante, cabe señalar que dentro de la clasificación de la investigación podemos encontrar el nivel y el tipo, tal y como lo menciona Carrillo, (2016), por lo que conforme al primero en mención, la presente investigación tendrá nivel propositivo que implica analizar y proponer las posibles alternativas de solución a la problemática planteada, como parte de las conclusiones obtenidas posterior al exhaustivo análisis de información y trabajo de campo; con relación al tipo de investigación se aplicará como se describe a continuación:

- Según su finalidad, será pura o básica, ya que se tiene como propósito acrecentar conocimientos para el progreso;
- Según su fuente de datos, será documental y empírica o de campo, toda vez que se recurrirán fuentes documentales que permitan efectuar análisis y, a su vez, se recolectará información a través de la aplicación de la entrevista;
- Según la naturaleza del tratamiento de sus datos, se empleará investigaciones cualitativas;
- Según el contexto histórico es una investigación diacrónica o dinámica, toda vez que resulta conveniente analizar el contexto histórico del objeto de estudio, y por último;
- Según la participación del investigador, será tradicional o no participativa, toda vez que el investigador realizará la investigación sin interacción directa con el objeto de estudio, siendo este el procedimiento jurisdiccional de la modificación de actas del registro civil.

Así que expresada la metodología a implementar y la clasificación en la que se sitúa la presente investigación, seguidamente, se enunciarán y explicarán como cada uno de los métodos utilizados se aplicarán a la presente investigación, cabe mencionar que estos se basan en un proceso lógico que nos permite obtener un conocimiento nuevo.

Método científico: en cada una de las etapas establecidas en este método, se partirá de la observación de la problemática, y seguidas sus etapas, se permitirá obtener el conocimiento científico de manera indubitable al desarrollar la presente investigación.

Método deductivo: con este método se pretende confrontar la realidad social respecto a la competencia de los juicios en mención, a través de las conclusiones que se deduzcan de los planteamientos generales, es decir, de la hipótesis realizada y del análisis de la información documental y empírica que haya sido recopilada.

Método hermenéutico: este método se utilizará al momento de interpretar la norma jurídica para su debido análisis.

Método analítico: este método se inmiscuye en la aplicación de otros métodos, tal como lo es el deductivo, hermenéutico, comparativo, entre otros, toda vez que como su nombre lo dice, el presente método consiste en realizar un estudio a través del análisis de los elementos de un todo, por lo que, al efecto se analizará al descomponer el proceso civil de juicios de anotación y rectificación de actas de registro civil, en todas y cada una de sus etapas de forma intensiva en la competencia para conocer, su efectividad, funcionabilidad y sus efectos.

Método sintético: este método se utilizará al sintetizar la información encontrada, depurando aquella información inútil y concentrar información relevante y concreta de todos y cada uno de los temas, lo que permitirá para el lector una mayor comprensión del documento.

Método histórico: este método se utilizará al estudiar los antecedentes de la acción y de la institución del Registro Civil en México.

Método comparado: se aplicará a efecto de comparar el derecho adjetivo operante para el tema que nos ocupa, en las legislaciones de las diversas entidades federativas de la República Mexicana, con la finalidad de conocer y comparar el enjuiciamiento aplicado y las similitudes y/o diferencias que tiene con la ley local de cada entidad. Enunciados que fueron los métodos a utilizar. Es preciso mencionar, como parte de este tema, las técnicas a utilizar que coadyuvarán a los métodos antes mencionados, estas se utilizarán de la siguiente forma:

Observación científica: la observación es la técnica fundamental en las investigaciones científicas, se utiliza al momento de observar la problemática detectada, observación que en todo momento debe ser consciente, planificada y objetiva, la técnica de la observación nos ayudará a la recopilación de datos, usando los sentidos, para observar los hechos y realidades presentes.

Entrevista: con esta técnica se pretende obtener información respecto a la percepción de la problemática por parte de individuos específicos de un grupo social y donde el tema contempla cierta complejidad e importancia, aplicada de forma personal a jueces, secretarios de juzgado y sujetos objetos de estudio.

Fichas de trabajo: con esta técnica se pretende facilitar el manejo de la información. Resulta ser un instrumento útil para organizar el material solicitado y conservarlo para usos ulteriores.

Avances

El origen del derecho procesal surge según Echandía (s.f, p. 48), cuando aparece el principio de que es ilícito hacerse justicia por propia mano y que los particulares deben someter sus conflictos al jefe del grupo social, noción que comienza a desarrollarse cuando se acepta que la autoridad debe someterse a normas previas para administrar justicia, lo anterior, a efecto de prevenir una impartición de justicia arbitraria por parte del Estado.

En México, nuestra carta magna en su artículo 17 especifica que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho; con ello se pretende garantizar el orden social ante un conflicto entre particulares, sin embargo, evolucionó su fin, no solo para solución de conflictos sociales, sino para atender aquellas problemáticas sociales que no necesariamente existe parte adversaria, tal es el caso de la Jurisdicción Voluntaria donde no se entabla *Litis*.

Resulta necesario en cualquier tipo de investigación conocer los antecedentes del objeto de estudio con el propósito de visualizar los precedentes y la evolución que el objeto de estudio ha sufrido, por lo que considerando el Registro Civil como la institución pública que expide los documentos fundatorios de la acción, del objeto de estudio de la presente investigación, en el documento de origen se abordan los antecedentes en el contexto internacional haciendo referencia a Grecia, Roma, Francia, Alemania y España; y en el contexto nacional se abordan los antecedentes

de México, en su época colonial e independiente, para tal efecto se utilizó el método histórico, sin embargo, siendo el presente un extracto del trabajo de tesis, se enunciaran únicamente los antecedentes de México.

Antecedentes en México

Previo a la época colonial, en México, no existía registro alguno tal, y como lo menciona Ibarra (1987), fue hasta la inquisición de la iglesia católica en México, posterior a la conquista Española, que como consecuencia de la conquista de esta data el principal antecedente del Registro Civil en México, recordemos que con dicha introducción se inician los sacramentos de la iglesia, tal como lo es el bautizo, el cual llevaba un control de los cristianos que se iniciaban en la Iglesia católica y que hoy en día podemos equipararlo a los registros de nacimiento, otro de los sacramentos que conlleva similitudes es el matrimonio, de los cuales se llevaban registros en la iglesia y que hoy en día tenemos los actos solemnes del matrimonio.

Resulta conveniente analizar el surgimiento de legislaciones, pues en ellas podemos observar la evolución jurídica de la norma. En el año 1827 se publica el primer código civil en el estado de Oaxaca, y en lo que corresponde al tema que nos ocupa, en dicho ordenamiento se le concede a la Iglesia el nacimiento, matrimonio y muerte de las personas, positivando una conducta de hecho realizada con antelación por la cultura, en una conducta de derecho, así mismo se les concede a los tribunales la injerencia en divorcios y matrimonios, sentando precedente procesal de la evolución del estado civil de la persona.

Posterior a los movimientos de independencia y con el poder constituyente, nace la Constitución de 1857, con la cual se abolió la esclavitud, se garantizan derechos a los mexicanos, libertades básicas civiles y se le resta poder a la Iglesia. El doctrinista Ibarra (1987) realiza una serie de hechos históricos relevantes en México en relación con el nacimiento del registro civil, expidiendo la primera Ley Orgánica del Registro del Estado Civil “Ley de Comofort”, que comprendía los nacimientos, las adopciones, los matrimonios, los votos religiosos y fallecimientos; así se establecen las bases para expedición de actas y surge la figura del Oficial del Registro Civil.

Seguidamente, el presidente Benito Juárez en 1859 promulga la Ley del Matrimonio Civil y se promulga la Ley Orgánica del Registro Civil, y fue hasta 1956 con la promulgación del Código Civil que se consolida el Registro Civil como una institución pública que brinda certeza jurídica e identidad a las personas a través de la inscripción de los actos y hechos.

Para el 27 de enero de 1857, días antes de la promulgación de la Constitución, surge la Ley Sobre el Registro Civil en la cual se establecía y organizaba el Registro Civil, siendo estos los puntos más sobresalientes, según Ibarra (1987), el establecimiento en toda la República mexicana del Registro del Estado Civil y la obligación de los particulares para inscribirse en él: desde nacimientos, matrimonios, divorcio, muerte, adopción e incluso se inscribían los votos religiosos y se ordena la instalación de registros de forma análoga a la ubicación de parroquias, puesto que, recordemos que era precisamente la Iglesia quien tenía bajo su dominio las actividades de esta institución que surge.

Se observa en los antecedentes antes planteados una breve reseña de la instauración y evolución que ha tenido el Registro Civil en México, el apartamiento del registro del estado civil del fuero eclesiástico al Estado, los actos que ya se observaban como actos jurídicos del registro civil, el nacimiento, matrimonio, adopción y arrogación, la muerte y uno más, con tintes eclesiásticos, el sacerdocio y la profesión de algún voto religioso temporal o perpetuo. Se realiza como ya mencionamos una separación de fuero, pero no deja de tener injerencia el clero en los actos civiles, o al menos no para esas fechas.

La evolución que observamos en México respecto al estado civil de las personas, se enfoca de manera específica en el trámite de divorcio y en su publicidad. Hemos analizado los antecedentes referentes al estado civil como institución, sin embargo, resulta a su vez de relevancia analizar los antecedentes existentes, respecto a las rectificaciones de las actas de registro civil, para tal efecto Ibarra (1857) menciona que respecto a la rectificación, modificación y aclaración de las actas del registro civil se debe tener presente que la legislación civil ha constituido un sistema que estructura los medios idóneos para comprobar públicamente el estado civil de las personas. La ley procesal satisface plenamente los fines que ha buscado el legislador para obtener la prueba preconstituida, que sea indubitable.

Sin embargo, a la vez proporciona los medios jurídicos idóneos para rectificar o modificar dichas actas ante el poder judicial; agregándose a partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación de 3 de enero de 1979 una fórmula adicional en la simple aclaración cuando en el registro existían errores mecanográficos, ortográficos o de otra índole que no afecten los datos esenciales de las actas del estado civil, debiendo tramitarse esta aclaración ante el oficial central del registro civil.

Las otras dos fórmulas, rectificación o modificación, han sido las tradicionales en nuestra legislación civil. A este respecto, en la parte expositiva del Código de 1870 se advierte:

El Capítulo VIII Trata de rectificación de las actas; y en él se han fijado los casos en que aquella deba hacerse y la manera en que deben proceder la autoridad judicial; exigiéndose como indispensable requisito la audiencia del juez del estado civil y del Ministerio Público; la del primero como parte interesada en la legalidad del acta y la del segundo como representante de la sociedad.

En el mismo primer ordenamiento civil del siglo pasado en sus artículos 149 a 158:

Exigía que tanto la rectificación como la modificación de un acta del estado civil se hiciera ante el poder judicial; pero agregaba que en el juicio serían oídos tanto el Ministerio Público como el juez del registro civil; agregando que el juicio sería ordinario en sus trámites procesales y que siempre habría lugar -aunque no se apeló de la sentencia del inferior- a una segunda instancia oficiosa. También se disponía que la sentencia ejecutoriada haría prueba plena en contra de todos, aunque no haya litigio, aun cuando dejando a salvo los derechos de aquel que hubiera estado absolutamente impedido para salir al juicio.

En la actualidad, la vía es de tramitación especial y no ordinaria, ya no es necesario escuchar al Ministerio Público, y el trámite no se va de manera oficiosa a segunda instancia. El autor suscribe el libro *Las Instituciones del registro civil* en 1987, de ahí que hable del siglo pasado. Ahora bien, respecto al procedimiento de rectificación podemos observar que desde 1870 ya se advierten estos procedimientos y se le otorga la competencia

al juez para que rectifique o enmiende las actas, se establece la figura del oficial del registro civil como parte en el juicio —mismo que en la actualidad se sigue llamando a juicio como parte demandada— y la figura del Ministerio Público —quien en su momento representaba la sociedad, figura que hoy en día se observa a cargo de la Procuraduría Social—. Esto se realiza mediante la vía de tramitación especial y actualmente no se va de manera oficiosa a revisión a segunda instancia, lo que sin duda hoy en día agiliza los procedimientos, sin embargo, es preciso avanzar aún más a efecto de garantizar el derecho de un pleno acceso a la justicia.

Cabe señalar que los antecedentes mencionados hablan de la generalidad del proceso jurisdiccional para la tramitación de la modificación de las actas del registro civil, sin embargo, dentro de tal procedimiento, y como requisito de cualquier demanda, es preciso enunciar el tribunal ante el que se promueve, y para ello, es necesario ubicar, en virtud de la acción a ejercer, el tribunal competente. Resultando indispensable dejar en claro la conceptualización de la competencia, para lo cual debemos tener claro que la competencia es de orden público y que esta puede ser objetiva o subjetiva: es objetiva cuando hablamos del tribunal y subjetiva cuando hablamos del titular del tribunal, a la primera la limita el territorio, la materia, el grado y la cuantía; mientras que a la segunda la limitan los impedimentos que la ley establece para que un juez se declare incompetente para conocer. Para el tema que nos ocupa nos encontramos ante una competencia objetiva.

La competencia es la limitación que tiene el juez para ejercer su jurisdicción, al efecto, Rombola & Reboiras (2005) menciona que la competencia es el derecho que tiene un Juez o tribunal para conocer de una causa. Todo juez ordinario, generalmente hablando tiene derecho para entender en todas las causas que ocurren entre las personas que están domiciliadas en el territorio a que se extiende su jurisdicción; a no ser que la persona o la causa sean de las exceptuadas por la ley o por el privilegio.

A efecto de reforzar el concepto de competencia se analizarán lo que mencionan algunos doctrinistas, por lo que citaremos al procesalista Ovalle (2011) quien define a la competencia como la suma de facultades que la ley le da al juzgador para ejercer su jurisdicción en determinado tipo de litigios o conflictos. El juzgador, por el solo hecho de serlo, es titular de la función

jurisdiccional, pero no puede ejercerla en cualquier tipo de litigios, sino solo en aquellos para los que está facultado por la ley; es decir, en aquellos en los que es competente.

Materia

Este criterio se basa en el contenido de las normas sustantivas que regulan el litigio o conflicto sometido a proceso. Los conflictos sobre las relaciones familiares y los juicios sucesorios son de la competencia de los jueces de lo familiar; los litigios sobre arrendamiento de inmuebles competen a los jueces del arrendamiento inmobiliario, y en forma residual de los demás litigios civiles corresponde conocer a los jueces civiles o a los jueces de paz en materia civil (Ovalle, 2011).

Esta es la clasificación por materia y el juez que conoce, que pesé a encontrarse en el mismo ámbito territorial, su intervención se rige por la materia a regular, las materias mencionadas en el párrafo que antecede son ramas del derecho civil, existen partidos judiciales en donde el juez de lo civil de primera instancia conoce de todos los asuntos de orden civil, y tiene competencia para todas las materias antes mencionadas, tal es el caso de XII partido judicial, con sede en Autlán de Navarro, Jalisco, e incluso existen partidos judiciales mixtos, es decir, tienen competencia en materia civil y penal, por tato la competencia a razón de territorio opera de conformidad a los tribunales ubicados en determinadas áreas geográficas y las facultades que se le atribuyen.

Cuantía

La cuantía en términos generales es el valor otorgado, en materia civil la cuantía es el valor pecuniario del litigio, en materia penal podemos observar la cuantía en la pena impuesta como sanción pecuniaria a determinada persona (Ovalle, 2011).

Grado

Tal y como menciona Ovalle (2011), se afirma que un proceso se encuentra en la primera instancia, en el primer grado de conocimiento, cuando está siendo conocido por vez primera por un juzgador. A este se le denomina juzgador de primera instancia o de primer grado. La segunda instancia o el segundo grado se inicia, por regla, cuando la parte afectada

por la decisión del juzgado de primera instancia interpone el recurso que proceda contra tal decisión. Este recurso generalmente recibe el nombre de apelación.

También cabe la posibilidad de que las leyes procesales prevean un tercer grado del conocimiento que se inicia con el recurso de casación o con el amparo. Es decir, el grado será el nivel jerárquico de la autoridad que conoce del asunto. Por regla general, los litigios se inician en primera instancia, y acorde a su materia así como cuantía estos deberán pasar por todos los grados mediante los recursos que la ley establece, apelación; amparo; etc., atendiendo al principio de definitividad que implica agotar todas las instancias o no requerir agotar la instancia a efecto de presentar el asunto ante el grado superior jerárquico cuando se trate de acciones de amparo indirecto.

Territorio

El territorio según Ovalle (2011) es el ámbito espacial dentro del cual el juzgador puede ejercer válidamente su función jurisdiccional. Este ámbito espacial recibe diferentes denominaciones: circuito, distrito, partido judicial, entre otros. Dentro del Poder Judicial Federal la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el órgano jurisdiccional que tiene competencia en todo el territorio de la República. Los demás órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Federal tienen competencia y circunscripciones más reducidas.

Cabe señalar que las reglas específicas para determinar la competencia por razón del territorio varían de acuerdo con la materia de que se trate, es decir, en el derecho procesal familiar y del estado civil es pertinente señalar las reglas que establece en la actualidad el artículo 161 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Jalisco, en específico únicamente la materia de interés siendo este, en las demandas sobre el estado civil, donde el juez del domicilio del demandado (en relación con el artículo 762 de ley mencionada): “Es Juez competente para conocer de estos juicios, el de Primera Instancia de la compresión en que pasó el acta”.

Por tanto, se deduce que en el estado de Jalisco la competencia para conocer del trámite de modificación de actas es en cuanto al grado el de Primera Instancia, en cuanto al territorio es el que corresponda al

domicilio del demandado, y toda vez que el juicio en cuestión se rige por la tramitación especial y reglas de los ordinarios, el lugar del demandado ocupa el oficial del registro civil, y es entonces en tribunal competente del domicilio del demandado.

En México, nuestra legislación contempla las aclaraciones administrativas ante el oficial del registro civil para todas aquellas actas que contengan errores mecanográficos, ortográficos o de otra índole que no afecten sustancialmente los datos de las actas del estado civil, serán aclarados o testados mediante solicitud de la parte interesada presentada ante el Oficial del Registro Civil que corresponda, acompañada del acta en la que se pretenda hacer la testadura o aclaración. El Oficial del Registro Civil examinará la solicitud y si la encuentra procedente ordenará sin más trámite que: se testen las menciones prohibidas o aclaraciones, en su caso, tanto en el mismo original como en el duplicado, girando, para esos efectos sendos oficios al Titular del Archivo General del Estado y dejando constancia en el propio Registro Civil.

Lo narrado anteriormente, sin duda, representa un avance para aclarar determinadas actas, sin embargo, no todas las personas se encuentran en el mismo supuesto, lo que los obliga a promover ante el órgano jurisdiccional competente la anotación o rectificación de las actas. A efecto de cumplir con los objetivos particulares de la investigación en mención, resultó sumamente necesario realizar un estudio comparativo de la ley adjetiva que rigen el procedimiento observado en relación a la competencia territorial para conocer por el órgano jurisdiccional en todas y cada una de las 32 Entidades Federativas en la República mexicana, al efecto, se observa que la vía de tramitación no siempre es la misma, en algunas entidades es sumaria, jurisdicción voluntaria o tramitación especial como en el caso de Jalisco, sin embargo, todos estos aspectos que en el documento de origen son enunciados, resultan variantes que, si bien es cierto resulta interesante su análisis, al momento no es el tema que nos ocupa.

En lo que respecta a la competencia territorial, Jalisco resulta similar a 27 Entidades Federativas y solo cuatro Entidades se detectaron con la competencia territorial en el domicilio de la parte actora, lo que otorga un pleno acceso a la Justicia, a las personas que se encuentren en el supuesto de la problemática planteada.

Al efecto, se presenta un extracto de los resultados obtenidos con la aplicación del método comparativo, en las Entidades Federativas de la República Mexicana, donde los investigadores situaron la competencia a razón del domicilio de la parte actora.

Tabla 1

Extracto de cuadro comparativo de la competencia de las Entidades Federativas de la República Mexicana

Entidad	Codificación	Título y capítulos	Artículos	Comparativa de competencia en Jalisco
Jalisco	Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.	Título tercero; Capítulo II; Reglas para la fijación de la competencia. Título décimo segundo, capítulo III; De la modificación de las actas del estado civil.	Art. 161 Art. 758 al 763	Domicilio del demandado.
Chihuahua	Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua	Título tercero Capítulo II; Reglas para la fijación de competencia.	Art. 155 y 158	Domicilio de la parte demandada y actora.
Nuevo León	Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León	Libro primero, Título segundo, Capítulo II; Reglas para la fijación de la competencia. Libro quinto; De los asuntos del orden familiar, Título único, capítulo único.	Art. 111 Art. 957 al 957 Bis I	Domicilio de la parte demandada y actora.

Entidad	Codificación	Título y capítulos	Artículos	Comparativa de competencia en Jalisco
Puebla	Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla.	Libro primero, capítulo noveno, sección primera; Competencia. Libro cuarto, capítulo segundo, sección sexta; Juicios de rectificación.	Art. 108. Art. 750 al 753	Domicilio de la parte demandada y actora.
Sonora	Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sonora.	Libro primero, título tercero, capítulo cuarto; Competencia por razón de territorio. Libro tercero, título tercer, capítulo VIII; Rectificación de actas del estado civil.	Art. 109 Art. 604	Domicilio de la parte demandada y actora.

Nota. Elaboración propia.

Resultados

En toda investigación de este corte resulta sumamente necesario realizar un estudio de campo, basado en metodología y técnicas que permitan al investigador indagar en la percepción de terceros, en el trabajo de tesis en su capítulo IV, *Resultados de la investigación de campo*, se especifica el tipo de metodología a utilizar, por lo que por el tipo de investigación y atención al tratamiento de sus datos se utiliza la metodología cualitativa; esta que permite a través de técnicas y herramientas evaluar la percepción que los participantes tienen respecto de la competencia, para conocer en los juicios de anotación y rectificación de actas mediante la aplicación de entrevistas semiestructuradas, donde los entrevistados tienen la libertad de expresar libremente su opinión.

Estas entrevistas están enfocadas a una muestra dirigida por criterio o muestra por casos típicos, no probabilística, a sujetos especializados en la materia y estudio de casos, hasta llegar al punto de saturación que nos permita posterior al análisis de datos, aprobar o desaprobar la hipótesis planteada, para ello, se utiliza el método inductivo en base a conceptos o categorías.

Entrevistas especializadas aplicadas a impartidores de justicia y agentes de la procuraduría social

De la aplicación de entrevista a Jueces del décimo segundo partido Judicial y agentes de la procuraduría social se obtuvieron los siguientes resultados.

Primer entrevistado: señala en su testimonio que en efecto urge reivindicar la competencia de los juicios de la modificación de las actas del registro civil, manifiesta que existe legislación internacional que le otorga beneficio a las personas transgénero que por el simple hecho de no sentirse identificados con su sexo pueden solicitar el cambio de su nombre sin mayor trámite, presentando jurisdicción voluntaria o ante el oficial del registro civil. Y refiere de forma muy respetuosa que si ya existe este beneficio para este sector de la población, también debería beneficiar al resto de la población en general, al efecto señala que “el resto de la gente necesitamos llevar tramites, absurdamente aburridos, costosos, desgastante, que nos cuesta muchísimo trabajo y dinero para poder lograr ese objetivo, manifiesta que:

Existe disparidad en la legislación pues “buscando ellos la igualdad están recibiendo mayores beneficios” expresa que en este sentido no hay una igualdad con el resto de la población, pues en el auge de los derechos humanos de las personas transgénero se deja en desventaja al resto de la población, considera indispensable la tramitación del juicio de anotación y rectificación de actas del registro civil, menciona incluso que es tan necesario para demostrar la legitimidad de derechos “cosas transcendentales para una pensión en el seguro, con que una letra o un acento no esté correcto los mandan al registro civil, y si no procede la aclaración administrativa, los mandan a la dependencia económica para acreditar.

Los derechos humanos que se pueden limitar son los que directamente atañen a la personalidad, refiere que los costos del trámite son excesivos para la parte actora: honorarios de abogado, copias edictos, oficios, en detrimento del promovente; en relación al Estado se invierte en los recursos humanos y la saturación de asuntos, por tanto, genera un impacto. Manifiesta, además, que existe un rezago en los expedientes de las actas de registro civil, por causa generalmente económica, también refiere que “este asunto no es incluido en los juicios que no caducan y no son revestidos por la 29 bis del Código de Procedimientos:

Existen limitaciones en la competencia que resultan absurdas, si la finalidad de la rigurosidad del trámite es publicitar a efecto de que la información no sea falseada, no tiene caso, quien actúa de mal fe, lo hará independientemente de la competencia”, los tramites son los mismos, hay que darles la misma publicidad, deja en claro que el acceso a la justicia se encuentra obstaculizado y que en base al principio de pro persona se le debe otorgar a la persona los mayores beneficios en los tramites presentados. Manifiesta que Jalisco debería adoptar como otros estados la competencia para estos juicios en el domicilio de la parte actora y que esto, traería bastantes beneficios.

Segundo entrevistado: el impartidor de justicia entrevistado manifiesta la inobservancia de la problemática de la competencia, pues reafirma en repetidas ocasiones que “la ley es para cumplirse”, refiere que es decisión de las partes realizar los actos en el registro civil donde mejor le convenga, manifiesta que las personas son libres y por tanto manifestaron su voluntad al contraer matrimonio u otro acto y por ello es deber del particular someterse a lo que la ley establece, la competencia en el domicilio de la parte del demandado no obstaculiza la justicia, sin embargo, considera que la competencia en el domicilio de la parte actora podría beneficiar.

Como extracto del documento de origen se plasman solo dos entrevistas de las 6 aplicadas, de las cuales 5 coinciden en la urgencia y la necesidad de que el estado de Jalisco adopte la competencia en el domicilio de la parte actora como mecanismo procesal garante del pleno acceso a la justicia, mientras que solo uno manifiesta no observar la problemática planteada.

Entrevista. Casos prácticos

Se aplicaron entrevistas a 10 personas que les atañe y afecta de forma directa la problemática planteada, llegando al punto de saturación. En su totalidad, las 10 personas manifestaron a la fecha no haber logrado iniciar el procedimiento judicial para la resolución del conflicto que atañe a su personalidad, todas se ven afectadas en temas económicos y sociales, de forma unánime manifestaron no haber estado en posibilidad de adecuar su acta del registro civil a la realidad social y que esto les ha generado perjuicios a su persona y patrimonio. Se presentan a continuación los resultados de una de las diez entrevistas aplicadas.

Primera entrevistada: la presente entrevista la responde una mujer de 74 años de edad cuya identidad se reserva; para los efectos de esta entrevista se identificará como *María*. Ella menciona tener un registro de nacimiento en el estado de Michoacán, siendo este registro diferente al nombre que ella ostenta, toda vez que ella es conocida públicamente como María y así celebró actos jurídicos como su matrimonio y registro de hijos, se le preguntó la razón por la cual se conducía con diferente nombre al que estaba asentado en su acta, al efecto responde: “Mira, lo que pasa es que yo nací en Guadalajara y ahí me registró mi mamá como María, pero mi mamá era de Michoacán, así que posteriormente me registró allá con otro nombre diferente, así que yo tenía dos actas, pero siempre me identifique como María”.

La señora señala que en el Registro Civil de Guadalajara, a la fecha, se extravió su acta porque se quemaron los libros y el acta que la acredita como María, no aparece, y que el acta que ahora tiene es la de Michoacán, pero con nombre diverso, refiere:

Yo me casé y mi esposo me registró en el seguro, así como María, ahora soy viuda y estoy asegurada y pensionada por viudez, cuando mi esposo falleció mis hijos tenían amigos en el IMSS que me ayudaron a que no me pidieran el acta, y así recibo pensión.

Menciona, además, que como parte de los procedimientos del IMSS se tiene que presentar a firmar la supervivencia, y con ello se tiene que identificar con la credencial: “Tengo vencida mi credencial y ya no me la quieren hacer valida”. Cabe señalar que en su identificación se ostentaba

como María, pero al momento de solicitar la renovación tiene que presentar el acta de nacimiento, siendo esta el acta que se quemó en Guadalajara, por lo que no tiene forma de renovar su credencial y refiere que “si no presento mi credencial actualizada ya no me van a entregar mi pensión el siguiente mes”.

Con mucha desesperación manifiesta ser el único recurso que a la fecha tiene para vivir, se le pregunta sobre las acciones que ella ha intentado para dar solución a este problema y menciona que ella ya sabe porque ha preguntado, y le dicen que tiene que ir a Michoacán a demandar allá, porque aquí no puede, al respecto añade: “Yo no tengo dinero para trasladarme, y todos los gastos que implica, así que un día intenté volverme a registrar, acudí a una brigada de registro extemporáneo que estuvo aquí, pero a la hora de mi registro la oficial no aceptó mi registro, que porque yo ya estaba registrada en Michoacán, no sé cómo lo encontré, esa acta no dice María y aunque le dije que yo no era la persona de ese registro, me negó el registro”.

Menciona saber que no es la forma correcta, pero que no tenía otra forma de dar solución la problemática que vive, asimismo, la entrevistada dice haber acudido a la Procuraduría Social, pero que ahí le dicen que no le pueden dar representación en virtud de que dicho trámite no compete a este partido judicial.

Conclusiones

La competencia objetiva por razón de territorio es un punto medular al entablar una contienda judicial. En los asuntos familiares podemos identificar que la evolución procesal camina a pasos agigantados, en especial en el tema de derechos de niñas, niños, y adolescentes, en el libre desarrollo a la personalidad con el divorcio encausado, en la pluralidad de competencias en materia de alimentos, divorcio y secesiones, sin embargo, el juicio de anotación y rectificación de actas, que atañe derechos personales y que muchas veces resulta necesario para el ejercicio de derechos humanos, a la fecha no ha sido beneficiado con mecanismos procesales que permitan el pleno acceso al ejercicio de esta acción de forma igualitaria para todas las personas que así lo requieran sin limitación alguna.

Resolver de forma pronta y expedita son las cualidades de la justicia, si bien es cierto que las normas jurídicas están hechas para una generalidad, y es imposible individualizarlas, no menos cierto es que la justicia es proporcionar equidad, y las personas que se encuentran situadas en el objeto de la presente investigación, sin duda alguna, se encuentra en una situación de desventaja para accionar en el tribunal de su residencia, por tato se considera prioritario que el Estado accione en beneficio de este sector.

Los juicios de divorcio y sucesiones reconocen hasta tres competencias, por tanto, no se observa problema para que los juicios de anotación y rectificación de acta sean beneficiados con adhesiones en los tribunales competentes para conocer, y con ello, dar solución a la problemática planteada. Analizado que fueron los ordenamientos adjetivos del estado de Jalisco y de todas las Entidades Federativas de la República mexicana se advierte que existen otras Entidades que a la fecha ya observaron la necesidad de implementar modificaciones en su legislación, respecto al juicio en mención y la competencia del tribunal que conozca. Con lo anterior se deduce que otras entidades ya observaron dicha problemática, sentando precedente de la necesidad.

Por otro lado, con la aplicación de instrumentos de entrevistas semiestructuradas a impartidores de justicia, agentes de la procuraduría social y a personas específicas como estudio de casos se concluye que, en efecto, lo establecido en el artículo 161 y 762 de la Ley Adjetiva para el Estado de Jalisco, generan un obstáculo en el camino de acceso a la justicia. Por otra parte, en los resultados de las entrevistas se observa que, en efecto, esta limitación de acceso genera afectaciones en la personalidad y restricción o extinción de derechos, además, se arroja la respuesta de la pregunta de investigación y se comprueba la hipótesis en el sentido, que la implementación de la competencia en el domicilio de la parte actora en los juicios en mención, garantiza el pleno acceso a la justicia.

Referencias

- Carrillo Mayorga, J. (2016). *Metodología de la Investigación Jurídica*. México: Flores.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Chihuahua.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán de Ocampo.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sonora
- Echandía, D. (S/F). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires, Argentina, Buenos Aires, Argentina: EU.
- Ibarra, M. (1987). *Instituciones de derecho civil: Derechos reales* (Vol. 4). Editorial Porrúa.
- Ovalle, J. (2011). *Teoría general del proceso*. México: Oxford.
- Rombolá, N. D., & Reboiras, L. M. (2005). *Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Ruy Díaz.
- Tómbola, N. D., & Reviras, L. M. (2005). *Diccionario de ciencias jurídicas y sociales*. Argentina.

Capítulo 5



Aplicación del principio de contradicción y principio de igualdad de las partes en la aducción de un dictamen pericial al proceso civil según el Código General del Proceso Colombiano¹

Jesús David Tirado Montiel², Bertha Marina Flórez Gómez³,
Vanessa Patricia Alean Oviedo⁴

Resumen

Este artículo tuvo como principal objetivo realizar un estudio detallado del dictamen pericial desde el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) hasta el Código General del Proceso Colombiano (Ley 1564 de 2012) estableciendo las consecuencias de la carga de dicho medio probatorio dentro del proceso, de igual forma profundiza en el alcance y factores de la realidad que transcurre frente a la reforma introducida a la prueba pericial en el Código General del Proceso, en lo que respecta a la aplicación efectiva del principio de contradicción y principio de igualdad de las partes, cuando una de

1 Artículo de reflexión para optar al grado en los estudios de Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Simón Bolívar.

2 Abogado de la Universidad Simón Bolívar. Especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe–CECAR. Diplomado en Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos. Diplomado en actualización en jurisprudencia. Cursando Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar. Litigante. Docente tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe–CECAR. Correo electrónico: Jesus.tiradom@cecar.edu.co

3 Abogada de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Especialista en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Procesal Civil. Litigante. Diplomado en Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos. Docente Universitaria de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Cursando Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: bertha.florezg@cecar.edu.co

4 Abogada de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Especialista en Derecho Procesal Civil. Diplomado en Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos. Docente Universitaria de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Cursando Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar. Correo electrónico: vanessa.alean@cecar.edu.co

ellas carece de capacidad económica para la aducción de un dictamen pericial al proceso, teniendo en cuenta que la prueba pericial pasó de ser una prueba inquisitiva a constituirse en prueba de parte, correspondiendo entonces al sujeto procesal la consecución de dicha experticia y, por tanto, su aducción al proceso judicial, con lo cual se hace necesario disponer de los recursos económicos suficientes para la contratación del mejor perito, logrando así, llevar al proceso la prueba pericial que cumpla con las expectativas probatorias de quien acude a la jurisdicción en búsqueda de la materialización de su derecho sustancial. Estudio que se fundamentó en el análisis de documentos doctrinales y jurisprudenciales, de los cuales se puede concluir que la partes que carezca de recursos económicos para aportar una prueba pericial en determinado momento puede ver afectado su derecho de igualdad y contradicción frente a la otra que seguramente si cuenta con los recursos económicos para sufragarlos, no obstante, consagrar nuestro estatuto procesal el amparo de pobreza.

Palabras clave: amparo de pobreza, carga de la prueba, dictamen pericial, principio de igualdad, principio de contradicción

Abstract

The main objective of this article was to carry out a detailed study of the expert opinion from the Code of Civil Procedure (decree 1400 of 1970) to the General Code of Colombian Procedure (law 1564 of 2012), establishing the consequences of the burden of such evidentiary means within the process. It also delves into the scope and factors of the reality of the reform introduced to the expert evidence in the general code of the process, with respect to the effective application of the principle of contradiction and the principle of equality of the parties, when one of them lacks the economic capacity to adduce an expert opinion to the process, taking into account that the expert evidence passed from being an inquisitive evidence to constituting part of the evidence, the subject of the proceedings then having the attainment of such expertise and therefore its adduction to the judicial process, which makes it necessary to have sufficient economic resources for the hiring of the best expert, thus achieving, bring to the process the expert evidence that meets the evidentiary expectations of whoever goes to the jurisdiction in search of the materialization of his substantial right. This study was based on the analysis of doctrinal and jurisprudential documents from which it

can be concluded that the parties who lack the economic resources to provide an expert evidence, at a certain moment may see their right to equality and contradiction affected in front of the other that surely has the economic resources to pay for them, despite consecrating our procedural statute the protection of poverty.

Keywords: protection from poverty, burden of proof, expert opinion, equality principle, contradiction principle

Introducción

El presente artículo desarrolla tres ejes temáticos:

El primero se basa en la evolución histórica de la prueba pericial como herramienta del proceso judicial y su definición a partir de la doctrina y la jurisprudencia, dejando claro las bases de su concepto como herramienta probatoria eficaz en el proceso, trayendo nociones históricas del medio probatorio sobre la evolución y aplicación de la prueba pericial, desde el derecho romano hasta el derecho moderno, se hace un recorrido y, a la vez, conceptualización sobre la importancia que se le predicó a dicho medio de convicción a lo largo de los tiempos.

El segundo, se centra en el estudio desde el Código de Procedimiento Civil (CPC) hasta el Código General del Proceso (CGP) en cuanto a la aportación, decreto y práctica de la prueba pericial frente a las partes en el proceso verbal y también referente a la eliminación de la posibilidad de la objeción al dictamen por error grave y el papel de la persona del perito, como perito de parte en el proceso judicial como protagonista en la consecución de la verdad procesal basado en las declaraciones que hace sobre sus conocimientos especializados.

En tercer lugar, se refleja la postura crítica del grupo autor, se plantea cómo eventualmente se afectaría el principio de contradicción y el principio de igualdad de la parte que carezca de recursos económicos en el proceso verbal, cuando ese sujeto procesal tal vez amparado por pobre, tendría que conformarse con lo que le provea el órgano jurisdiccional en lo que a peritos respecta y, en consecuencia, no vea efectivizado su derecho de

contradicción y derecho de igualdad frente al sujeto contradictor quien teniendo todos los recursos podría cobrar ventaja con una prueba pericial costeadas de manera particular con los mejores peritos especializados.

Se enfatiza entonces, sobre la aplicación al principio de igualdad y contradicción como garantía de las partes en la aducción del dictamen pericial, donde se radica especial importancia en el desarrollo de la presente reflexión, puesto que, de las inferencias asumidas por los integrantes del grupo autor se pudo arribar a la conclusión de que con el cambio que sufrió la aducción de la prueba pericial en la Ley 1564 de 2012, en lo que respecta a la prueba pericial como prueba de parte, tendría en determinado momento aquel sujeto procesal de precarias condiciones económicas, gran dificultad en la aportación de dicho medio probatorio, atendiendo los elevados costos que esto demanda.

Pese a existir en favor de la parte desfavorecida económicamente el amparo de pobreza, este no será suficiente para colmar las expectativas del sujeto procesal, recuérdese la debilidad que presenta la lista de auxiliares de la justicia, de público conocimiento, donde no se cuenta con el personal idóneo y capacitado para tales eventos.

Razón por la que se deduce una vulneración inminente a los principios de contradicción y de igualdad, de aquella parte carente de recursos económicos que le impida aportar una prueba con personal científico, técnico o artístico calificado, criterio que se aparta un poco de lo manifestado en reiteradas sentencias por la honorable Corte Constitucional, quien sentó su postura respecto del tratamiento sobre la aducción de la prueba pericial en el proceso civil, cuando existe un extremo en condiciones precarias y que propenda por el amparo de pobreza, indicando que no existe tal afectación a dichos principios.

Evolución histórica de la prueba pericial, criterios doctrinal y jurisprudencial

La prueba pericial tiene su aparición en el derecho romano, donde comenzó a ser utilizada en el Bajo Imperio Romano cuando se adoptó el procedimiento extraordinario. Hasta ese entonces, como en las controversias actuaba un Juez privado nombrado por las partes de una lista, era común

que se eligiera a una persona versada en el tema a discutir. Cuando el procedimiento extraordinario creó la figura del Juez como funcionario público estatal era lógico que esa persona no conociera en todos los campos del saber y necesitara el asesoramiento de expertos en los temas en discusión. Así, el doctor Parra (2013) (así como es citado por, Acuña, 2015), establece que:

En el derecho romano no se podía hablar propiamente de la pericia por cuanto no había producción del medio probatorio. Se nombraba a un juez experto en la materia objeto de la *litis*, de tal manera que el juez no necesitaba de esta prueba porque el reunía la doble calidad de juez y puntual. (p. 167)

De igual forma Pabón (2007) así como es citado por Acuña-Gamba (2015, p. 167) manifiesta que “etimológicamente la pericia procede del latín PERITIA, que significa experiencia, de peritos que traduce experimentados, en el sentido gramatical denota habilidad, práctica y destreza. Es decir, una persona que tiene un amplio conocimiento sobre una materia”.

En el derecho romano aparece la peritación como medio de obtener el convencimiento del juez y, por tanto, como una prueba, cuando se elimina el procedimiento *in jure*, en el cual se escogía para conocer del litigio a una persona experta en la misma materia, pues resultaba inútil y exótico recurrir al auxilio de un perito.

En cambio, en el procedimiento judicial, propiamente dicho, o procedimiento *in iudicio, extraordinem* la peritación es aceptada y utilizada y adquiere mayor aplicación en el periodo justiniano, como se ve por los ejemplos que suelen citarse para los casos de determinar si una mujer estaba embarazada, para fijar los linderos entre dos predios, para avaluar bienes, para la *comparatioliterarum* (Echandia, 2015).

De esta manera podría decirse que la pericia es una declaración de ciencia realizada por un tercero que, teniendo conocimientos específicos sobre una materia, no percibió el hecho directamente, como lo hizo el testigo. Así entonces la prueba pericial está determinada por la experticia del perito que es un conocedor del tema puesto a su consideración, pero es ajeno a los hechos que directamente llevaron a la controversia en el proceso y por ello su labor debe ser clara, estricta y específica. Según Nisimblat (2017):

El dictamen pericial, por lo tanto, es la opinión consulta de quien, habiendo analizado un conjunto de pruebas, realizado exámenes o experimentos, arriba a una conclusión que es ofrecida al juez para determinar si existe certeza o no sobre una determinada hipótesis procesal. (p. 538)

Así Florián (1970) en Acuña (2015, p. 168), expresa lo siguiente: “En el mismo sentido, otros autores señalan que la peritación ‘es el medio particularmente empleado para transmitir al proceso nociones técnicas y objetos de prueba, para cuya determinación y adquisición, se requiere de conocimientos especiales y capacidad técnica (...)”.

También el doctor Parra (2015) así como es citado por Ochoa (2017, p. 53) establece que los estudiosos del derecho han coincidido en un concepto de dictamen en el cual lo ubican como medio de prueba que aporta al proceso por medio de un auxiliar de la justicia elemento técnicos, científicos o artísticos que escapan a la cultura general y en particular a la formación del juez: “El dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos”. A su vez, la jurisprudencia del consejo de estado sobre la naturaleza de la prueba pericial y su procedimiento ha expuesto lo siguiente:

El dictamen pericial es un medio probatorio que procede para verificar los hechos que interesan al proceso y que requieren especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos de los auxiliares de la justicia, quienes realizan un examen personal de las cosas o personas objeto del mismo, a través de experimentos e investigaciones (...) Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación: 63001-23-31-000-2002-00849-01(27998). (C.P María Elena Giraldo; mayo 06 de 2005)

Por su parte, la Corte Constitucional ha indicado que:

La prueba pericial ha sido definida como aquella que se realiza para aportar al proceso las máximas de experiencias que el juez no posee o puede no poseer y para facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos objeto de debate. También

ha sido concebida como el medio de prueba consistente en la declaración de conocimiento que emite una persona que no es sujeto procesal acerca de los hechos, circunstancias o condiciones personales inherentes al hecho punible, conocidos dentro del proceso y dirigida al fin de la prueba para la que es necesario poseer determinados conocimientos científicos, artísticos o prácticos. (Corte Constitucional, 2003)

Luego entonces, es claro que la prueba pericial como medio probatorio, es relevante en un proceso judicial, por cuanto le permite al juez emitir en sus fallos una solución coherente y veraz, motivada por el acervo probatorio aportado al proceso, con la ayuda de la ciencia y de los conocimientos técnicos, científicos y artísticos del perito, atendiendo que el operador judicial no posee los conocimientos especializados en los asuntos que deba resolver bajo su competencia.

Al respecto, Ochoa (2017) establece que el dictamen pericial es la declaración realizada por un experto en una materia, ciencia, arte, oficio, técnica o profesión en la cual establece los resultados de experimentos, modelaciones, pruebas o metodologías aplicadas a un objeto de estudio preciso y documentado, de conformidad con el decreto de prueba; objeto al cual tuvo acceso libre el perito, que examinó y sometió a una racional, científica y rigurosa observación o auditoria forense, a fin de obtener conclusiones técnicas, probadas, motivadas y serias, avaladas por la ciencia y conforme a las doctrina aceptada que constituye el fin de la pericia. El dictamen pericial es una declaración de conocimiento, experticia con la que no cuenta el juez o que contando con ella no tiene el alcance especializado del perito.

La honorable Corte Constitucional Colombiana establece que toda peritación supone la realización de diversas actividades que consisten en la descripción del objeto a peritar, la relación de las operaciones técnicas efectuadas y las conclusiones obtenidas o dictamen. En este sentido, la realización de la prueba pericial se puede resumir en estas tres facetas, a saber: percepción, deducción o inducción y declaración técnica o dictamen (Font-Serra, 1995).

El reconocimiento o percepción de la materia a peritar consiste, en esencia, en la descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo en el estado o del modo en que se halle. Las operaciones técnicas o el análisis a realizar por el perito son todas aquellas actividades especializadas, propias de la profesión, ciencia, arte o práctica del especialista actuante que permiten hacer unas apreciaciones o valoraciones específicas que ayudan al juzgador en su labor enjuiciadora.

La redacción de las conclusiones es la consecuencia final de todo lo anterior, y supone, una exposición racional e inteligible de los resultados derivados de los análisis y operaciones realizadas por el perito conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte. Así pues, el dictamen pericial no es otra cosa que la formalización por escrito de los anteriores pasos (Sentencia, 2006).

Y es precisamente que en el proceso judicial que la prueba pericial es el instrumento necesario para hacer efectivo y eficaz el ejercicio de la jurisdicción, acompasado de las fases determinadas para la prosecución del procedimiento, alineado por la actividad del juez como director del proceso, cuya finalidad, se traduce en la efectividad en la protección y reconocimiento del derecho sustancial, requiere de la aplicabilidad plena, seria y constante del derecho y sus criterios auxiliares, en donde el operador de justicia juega el papel principal por cuanto será él y solo él el responsable de administrar justicia y establecer a qué sujeto le atribuye el reconocimiento del derecho reclamado y a cuál se le niega; pero, para que un juez de la república, pueda dirimir en derecho y se pueda determinar con eficacia a quién le asiste el reconocimiento del derecho sustancial en cierta clase de procesos judiciales, se hace necesario que además de los conocimientos jurídicos que posee el juez, se deba auxiliar necesariamente de conocimiento técnicos, científicos o artísticos, y es aquí en donde entra a jugar un papel supremamente importante la prueba pericial, pues, a través de un dictamen pericial realizado por aquel experto en la materia, podrá el juez esclarecer el asunto confiado a su conocimiento y tomar una decisión conforme al derecho, respetando los criterios técnicos, científicos y artísticos.

Sin embargo, en la actualidad se tiene que como la prueba pericial se convirtió en una prueba de parte para contar con un dictamen pericial, se debe disponer de los recursos económicos necesarios para su obtención, y es allí en donde se empieza a considerar que la parte más débil económicamente dentro del proceso judicial puede, en determinado momento, ver afectado su derecho de contradicción y derecho de igualdad dentro del proceso judicial, pues muy a pesar de existir en su favor el derecho a exigir el amparo de pobreza, no es menos cierto que el administrador de justicia no cuenta con un catálogo de expertos en la tantas y disimiles áreas de conocimiento, razón por la que se piensa que el CGP, en determinado momento puede tornar en injusto el equilibrio que deben ostentar las partes en el proceso judicial.

Antes de entrar a analizar la prueba pericial en el Código de Procedimiento Civil y en el Código General del Proceso, es importante entrar a dilucidar sobre el principio de igualdad y contradicción en cuanto a su aplicación al dictamen pericial en el proceso, el cual es el tema central de este artículo.

En cuanto al principio de igualdad, según Echandía (2015), se traduce en que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persiga o no contradecir las aducidas por el contrario. Es un aspecto del principio más general de la igualdad de las partes ante la ley procesal, según la cual se exigen las mismas oportunidades para la defensa y se rechazan los procedimientos privilegiados.

Por su parte, el principio de contradicción significa que la parte contra quien se pone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de comprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de la unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica y con el de la lealtad de la prueba, pues esta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla.

Estudio de la prueba pericial en el Código de Procedimiento Civil y su concepción en el Código General del Proceso

En el anterior Código de Procedimiento Civil se estableció la prueba pericial desde el artículo 233 hasta el artículo 243, “este se refirió al dictamen como aquel procedente para verificar hechos del proceso y que requieran especial conocimiento científico, técnico y artístico; en estos términos es importante precisar el alcance” y aplicación de dicha experticia, así como establece López (2001):

Con lo cual se pone de presente que si los conocimientos son de aquellos que no precisan de una especialidad en alguno de los tres campos citados, no es menester el auxilio de este medio de prueba para efecto de formar el convencimiento del juez y bien pueden ser utilizados otros medios probatorios.

Se plasmó de igual forma el número de peritos necesario en procesos de mayor, menor y mínima cuantía, el impedimento y trámite para recusación de los peritos, las reglas a que debía sujetarse para petición, decreto y posesión de peritos, así también se determinó la práctica de la prueba pericial dejando claro que el dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones, así también, establece que en la contradicción del dictamen se podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave; finalmente se fijaron temas como los honorarios de peritos, apreciación del dictamen, deber de colaboración de las partes e informes técnicos y peritaciones de entidades y dependencias oficiales.

Con respecto al dictamen pericial en el Código de Procedimiento Civil la Corte Constitucional Colombia en sentencia T 796 de 2006 estableció: “El dictamen pericial consiste en una declaración de carácter técnico, científico o artístico, sobre hechos que interesan al proceso, rendida por personas que por sus conocimientos y su experiencia son considerados expertos en la materia respectiva”. La naturaleza jurídica de la prueba pericial puede ser catalogada en dos posturas:

- a) En primer lugar, aquella que la configura como un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es,

la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos.

b) En segundo lugar, aquella que la configura como un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso, sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso.

Es importante aclarar que la prueba pericial, en el anterior Código de Procedimiento Civil era inquisitiva, por cuanto era labor del Juez establecer la aplicación de este tipo de prueba dejando de lado la participación de las partes en la solicitud; es decir; en el Código de Procedimiento Civil en la prueba pericial se daba una mala práctica, por cuanto el Juez en su poder de director del proceso decretaba el dictamen pericial, de igual manera, no se hacía necesario que se interrogara al perito que había aportado su dictamen, y eso provocaba un gran desconocimiento o falta de certeza de quien emitía su concepto como experto en un tema específico sometido a su consideración, aunado a ello, las lista de auxiliares existentes eran insuficientes y se daba la necesidad de buscar en otros escenarios los profesionales que podían emitir su concepto técnico, artístico o científico del tema.

Posteriormente en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) la prueba pericial pasó a ser una prueba de parte; es decir, las partes en un proceso judicial son los protagonistas en la solicitud de la prueba pericial cuando lo consideren pertinente para comprobar con fuerza relativa lo solicitado en la *litis*, sin dejar de lado que el juez pueda decretarla de oficio cuando lo considere necesario.

En el Código General del Proceso la prueba pericial se ha convertido en una herramienta eficaz para el esclarecimiento de los hechos que se pretenden probar en el proceso judicial, entendiendo que la prueba es uno

de los actos más importantes dentro del juicio que permite el real desarrollo del derecho de contradicción de las partes, y así lograr que el aparato jurisdiccional cumpla su función constitucional. Canosa (2012) considera:

Que tendrá que aportarse un dictamen pericial siempre que se necesite verificar hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Los dictámenes se rendirán por un solo perito y sobre un mismo hecho o materia cada sujeto procesal sólo podrá presentar un dictamen. No son admisibles puntos de derecho, salvo para probar la ley extranjera o la costumbre. (Arts. 177 y 179)

En esta nueva norma procesal es relevante el papel del perito como profesional experto en un asunto específico, ya que le corresponde acudir al proceso judicial cuando sea citado a la audiencia y establecer de manera clara, concisa y específica su dicho en el dictamen, es decir, explicar el método utilizado para llegar a su decisión y dejar un cabal entendimiento al juez del porqué de la misma.

Así entonces, el dictamen pericial allegado al proceso debe tener unas características especiales como son: primero, debe ser claro, logrando así que no haya equívoco y de este modo despejar las dudas que haya en el proceso; segundo debe ser preciso, logrando la exactitud en lo más posible de lo que se quiere probar en el proceso; tercero que sea exhaustivo, donde agote el tema propuesto a su experticia y conocimiento, y que sea detallado en cuanto sea necesario para que se pueda entender, este último para que el juez sin mayor esfuerzo lo pueda entender utilizando en lo posible el sentido común.

Así, todo dictamen debe ser claro; definido, exento de confusión; preciso, exacto, exhaustivo, que agota la materia o asunto tratado, detallado; minucioso, en cuanto sea necesario para la comprensión, y para abastecer plenamente en el dictamen lo preguntado. En él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, el mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones.

Frente a este dictamen que se presenta al proceso judicial como prueba idónea le corresponde a la parte contraria ejercer acciones en su beneficio dentro de lo cual puede: guardar silencio, es decir, no oponerse al mismo con la salvedad que el juez lo cite a audiencia, también puede aportar un

nuevo dictamen pericial o solicitar que se cite al perito para interrogarle o las dos actuaciones a la vez, desarrollando su derecho de contradicción. Es importante dejar claro que el hecho de que quien tenga la oportunidad de contradicción en el proceso de la prueba pericial si guarda silencio el juez no puede concluir que la contraparte acepte las conclusiones del dictamen y se atenga a lo dicho por el perito.

Al juez en su calidad de director del proceso le corresponde de oficio interrogar al perito en la audiencia programada en el proceso para lograr un entendimiento cabal del asunto en concreto, es por ello que el juez tiene un papel relevante, que es averiguar cuál es la verdad de las respuestas dadas por los peritos en sus dictámenes. El dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado, debe explicar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas y los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones y debe presentarse con los documentos que le sirven de fundamento, con los que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con las siguientes declaraciones e informaciones previstas en el artículo 226 para que la parte contraria y el juez cuenten con toda la información necesaria para la contradicción y la valoración:

1. La identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración;
2. Los datos que faciliten localizar al perito;
3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración, con los documentos y títulos de experiencia profesional, técnica o artística;
4. La lista de las publicaciones relacionadas con el peritaje realizadas en los últimos diez años;
5. La lista de casos en los que haya sido designado como perito o en los que haya participado en los últimos cuatro años;
6. La lista de casos donde haya sido designado por la misma parte o el mismo apoderado;
7. Si se encuentra en incurso en causales de recusación;
8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes a los utilizados en peritajes anteriores y en caso afirmativo explicarlo;
9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el

ejercicio regular de su profesión u oficio y justificar variaciones;
10. Relacionar y adjuntar los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.

Ahora se exige de manera más completa y detallada toda la información para conocer la idoneidad, experiencia e imparcialidad del perito, porque el mérito del dictamen no deviene solo de las conclusiones, sino también de la cualificación del auxiliar, de su recorrido profesional o técnico, de la acumulación de vivencias que sabemos incrementan el conocimiento y las habilidades y de su objetividad. La experiencia suele ser presupuesto de la sabiduría que se exterioriza generalmente en la correcta aplicación del conocimiento.

Con estas nuevos requisitos se denota unas claras exigencias que buscan evitar que los dictámenes sean emitidos por personas inexpertas o ficticias que muy a pesar de tener los conocimientos adquiridos en su carrera profesional no los hacen idóneos frente a la experiencia o experticia que se requiere para cumplir con un dictamen claro, preciso, exhaustivo y detallado de conformidad con lo establecido en la legislación procesal y máxime cuando el perito tiene la responsabilidad tan igual como el director del proceso de llevarlo a la verdad absoluta, comprometiéndose tanto civil como penalmente a rendir un dictamen serio, técnico, motivado, so pena de responder patrimonialmente o que recaigan sobre él sanciones derivadas de una conducta punible.

Al respecto, Ochoa (2017), establece que el perito debe dictaminar con base en su real convicción profesional, la cual se forma a través del desarrollo de la prueba, los experimentos, los análisis, la auditoria, los cálculos y el uso de las técnicas y teorías preponderantes en la profesión, no al acomodo de una determinada práctica , técnica o teoría , o a conveniencia de una de las partes, sino de la aplicación de una práctica técnica o supuesto científico de la cual este convencido el experto, dado su conocimiento y experiencia sin tener en cuenta el beneficio o perjuicio que con dicha apreciación se le cause a alguna de las partes.

Si existieren diversas practicas técnicas o teorías, es útil al proceso y revela la independencia del perito, que su opinión o experticia incluya las diversas técnicas, metodologías y/o resultados aplicables al caso y los deje a consideración del juzgador para su aplicación al caso en concreto incluso

puede estimar cuál de los procedimientos, técnicas y 7 o teorías, sería el más adecuado a los hechos, según su sapiencia o experticia. No es dable al perito utilizar su conocimiento en diversas técnicas, esquemas o teorías, para lograr un mejor resultado para alguna de las partes sin anunciar las demás técnicas que podrían aplicarse y/o los resultados que podrían obtenerse de un análisis procedimiento o teoría diferente (Ochoa, 2017).

De igual manera, Canosa (2011) manifiesta:

Con estos datos, y los de localización, se pretende evitar que rindan dictámenes personas inexpertas, ficticias, parcializadas, no idóneas, sin un lugar determinado en el mundo, fantasmas que solo existen en la imaginación y en la firma de un documento, más bien puesta por un desconocido, que no es posible ubicar, ni jamás se logra responsabilizar. El dictamen debe tener un autor conocido, que se pueda ubicar, con experiencia, idoneidad, imparcialidad y a quien se le pueda exigir responsabilidad.

Así también, el autor Taruffo manifiesta (2008, p. 145) lo siguiente:

La identificación de las personas que se pueden presentar como testigos expertos es bastante vaga: el experto o perito está calificado (por conocimientos, destrezas, experiencia, entrenamiento o educación). El tribunal puede controlar cuidadosamente la cualificación profesional del perito, con el fin de garantizar su capacidad de ofrecer al tribunal información científica y técnica fiable. En ningún caso habrá lugar a trámite especial o escrito de objeción del dictamen por error grave. La contradicción del dictamen está regulada de manera especial en el artículo 228 del CGP.

La parte contra la cual se aduzca un dictamen podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia para interrogarlo o aportar otro dictamen. Estas actuaciones deberán realizarse dentro del término de traslado correspondiente o, en su defecto, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia que lo ponga en conocimiento. De esta apreciación, el grupo autor considera que se podría inferir la eliminación de la objeción del dictamen por error grave, siendo todo lo contrario, toda vez que lo que aconteció fue la omisión del trámite que venía siendo

realizado con el anterior código de procedimiento civil, pues fue esta una novedad en el código general del proceso en su artículo 228, la posibilidad de contradecir el dictamen inicial con otro dictamen de la misma categoría y especialidad del que se presenta inicialmente. La honorable Corte Constitucional Colombiana establece en Sentencia C-124 de 2011:

Si la parte contraria lo solicitó o el juez lo considera necesario, el perito deberá concurrir a la audiencia, en la cual podrá ser interrogado bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen, incluso con preguntas asertivas e insinuantes de la contraparte. Habrá doble ronda de preguntas, igual que en la prueba testimonial. Si el perito no asiste a la audiencia el dictamen no tendrá valor. Las excusas sólo son admisibles por una vez, por causas realmente justificadas de fuerza mayor o caso fortuito. Si son anteriores a la audiencia podrá señalarse nueva fecha y si son posteriores sólo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia.

Sustentado el dictamen en la audiencia se garantiza la publicidad y se permite la contradicción mediante el interrogatorio, que es la nueva forma de controvertir los dictámenes en el proceso esencialmente oral. Ya no habrá lugar a la objeción con trámite escrito, aunque claro está los errores graves de los peritos y las demás circunstancias que resten credibilidad a sus opiniones, podrán ponerse en evidencia en los interrogatorios orales y explicarse por los litigantes en los alegatos de conclusión. Ya habíamos sostenido que la eliminación de la posibilidad de objetar por escrito y, consecuentemente, la derogatoria del trámite escrito de objeción establecido en el artículo 238 del CPC, con traslado escrito, objeciones escritas, pruebas por escrito y decisión escrita, en manera alguna atenta contra el derecho de contradicción y defensa. (Corte Constitucional, 2011)

De igual manera, Canosa (2011) manifiesta:

Por el contrario, la presentación del dictamen oralmente en la audiencia y su contradicción mediante interrogatorio oral fortalece la publicidad, asegura la contradicción y vigoriza la

transparencia en la práctica de esta prueba. El cambio en el proceso de producción de la prueba no disminuye, sino que agiganta la posibilidad de debate y contradicción, además de suministrar mejores elementos al juez para definir su eficacia o mérito de convicción, porque la prueba se está presentando ante los ojos y los oídos de todos. Es una reforma natural y propia del cambio de sistema esencialmente escrito, por el oral o por audiencias.

Cuando el juez decreta la prueba de oficio o a petición de amparado por pobre, deberá acudir preferiblemente a instituciones especializadas públicas o privadas de reconocida trayectoria e idoneidad. (Numeral 2, artículo 229 CGP)

Actuación procesal que es objeto de estudio en el presente artículo, atendiendo a que la imposibilidad económica de sufragar por cualquiera de las partes un buen perito, le impide ejercer su derecho de defensa y hacer el contradictorio, cuando es la oportunidad para demostrar a través de conocimientos especializados por parte de un perito la verdad que se pretende, ocasionándole perjuicios y sobre todo su indefensión frente a la prueba pericial aportada por la contraparte.

Esto es la mayor motivación para desarrollar una reflexión frente al derecho que tiene la parte más débil dentro del proceso. En lo que se refiere al perito de parte en el nuevo Código General del Proceso podemos decir que este es el profesional experto en un tema o asunto determinado, que se controvierte en un proceso y como autor del dictamen pericial tiene la importante tarea de lograr el convencimiento del juez con su dictamen, por ello le corresponde dentro del proceso explicar qué método empleo, por qué razón lo utilizó, si el dictamen pericial realizado con anterioridad empleo el mismo método o si lo vario, explicar por qué ese proceder para el dictamen puesto a consideración, si el método que utilizó en su actividad profesional es el mismo que usa en su labor; todo esto con el fin de verificar su experticia, practica y experiencia.

El perito es entonces un auxiliar de la justicia con cualidades y calidades específicas para cumplir con los requisitos exigidos por la norma procesal, labor pericial que permite al juez aclarar los vacíos que pueden gestarse en un proceso y que más que servir para probar a las partes,

permite al juez llegar a la certeza o verdad procesal, el perito por ello debe ser idóneo e imparcial en su labor por lo que al realizar su dictamen deberá informar desinteresadamente lo encontrado como resultado de su pericia sin beneficio o favorecimiento para una sola parte del proceso.

Al respecto, debe resaltarse que tanto en el CPC como el CGP establecen que en su calidad de auxiliar de justicia, el perito debe actuar imparcialmente, ejerciendo su encargo sin el propósito de favorecer o desfavorecer a ninguna de las partes del proceso. En términos procesales, el perito se convierte en un “colaborador técnico” del juez y no de un colaborador de las partes. Un perito que amañe la información para producir determinado resultado a favor de una parte o que disfrace un procedimiento equivocado o inexacto por uno ajustado a los métodos convencionales de su técnica o profesión, no cumpliría la función de cerrar la brecha de información y conocimiento del juez.

Por el contrario, un perito parcializado o que no sea idóneo solo aumentara dicha brecha, con el agravante de que existe la posibilidad de que el juez no sea capaz por sí mismo del uso amañado o desviado de los conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe explicar el método que empleo, experimentos, reflexiones y aceptación del método utilizado porque si se conceptúa, pero no se explica el método no podríamos hablar de un buen dictamen pericial. Muñoz (2012, p. 28) considera que en el Código General del Proceso se opta de forma exclusiva por el sistema de perito de parte, con lo cual desaparece, de ese ordenamiento, toda la regulación prevista para el dictamen judicial (designación, recusación, posesión, gastos y honorarios del perito, aclaraciones y objeción por error grave con nuevo dictamen).

El perito de parte participa en el proceso para sustentar la afirmación de la parte que aporte su dictamen y defenderla en la audiencia frente a la contraparte, la cual también puede aportar otro dictamen y concurrir a la audiencia, con su perito, a controvertirla. Una discusión dialéctica en la que se defienden posiciones contrarias es mucho más provechosa para resolver adecuadamente el litigio; es mejor que el juez falle acogiendo la opinión que lo convenza a que lo haga con base a la exposición unilateral del perito que él mismo designo para auxiliarlo

En torno a esta figura procesal que hoy reviste relevancia frente a la función del juez en superar dificultades cuando no posea los conocimientos técnicos, artísticos, científicos implica la desventaja de la contraparte de no poder controvertir en el juicio aportando otro dictamen que permita buscar la verdad absoluta por parte del juez. Taruffo (2000) así mismo dice que: ni los jueces ni los jurados son omniscientes, y este es un problema en todos los sistemas probatorios. Esta limitación tiene consecuencias muy diversas, la más importante es que el juzgador puede no tener el conocimiento científico o técnico requerido para establecer y evaluar algunos hechos en litigio.

Por otra parte, cada vez con más frecuencia las materias del litigio civil involucran hechos que van más allá de las fronteras de una cultura común o promedio, que es el tipo de cultura no jurídica típica de un juez o de un jurado.

Sustituir el perito judicial por el perito de parte comporta un cambio en la concepción misma de la naturaleza de este medio de prueba, que no debe pasar inadvertida. El cambio no significa simplemente escoger una opción más eficiente e incorporarla en un código: implica consagrar el derecho a un medio de prueba adversarial, en el cual son las partes quienes tiene la carga de confirmar o acreditar sus afirmaciones y donde se supera la idea, propia del proceso inquisitivo, según la cual es al juez a quien le corresponde de buscar la verdad, con fundamento en la cual ha de fallar el proceso.

Esta nueva concepción ha llevado a que las partes tengan un papel fundamental para probar su dicho en un proceso judicial, es decir; son ellos los protagonistas en el juicio aportando su dictamen a través de un experto en la materia y tener la garantía que lo probado es determinante para fallar el juez atendiendo que no posee los conocimientos especializados con respecto a un determinado asunto puesto a su consideración. A diferencia de nuestro sistema en el sistema inglés la práctica de los peritos de parte fue abandonada y en 1999 se introdujo una modificación total: actualmente, las partes no pueden utilizar pruebas periciales sin la autorización del tribunal este tiene amplios poderes de control sobre las pruebas periciales. El tribunal determina el número de expertos, las materias sobre las que

se pueden admitir pruebas periciales y las formas como están deben ser presentadas. Una novedad particularmente interesante es la del (perito único conjunto), aunque esto solo parece apropiado para casos sencillos.

Cabe resaltar que el papel que ejerza el perito de parte es fundamental para el juez al momento de fallar, pero, al mismo tiempo, implica la modificación de la actitud de las partes y en especial de sus apoderados, toda vez que a estos les corresponde una labor compleja que habitualmente no estaban acostumbrados porque la carga dinámica de la prueba se la dejaban al juez para que resolviera el litigio, situación esta que es una novedad, porque implica buscar un perito que no solo sea experto e idóneo, sino que tenga la capacidad de explicar su teoría de acuerdo a la experticia y sostenerla frente a otras técnicas, metodologías e investigaciones que se tengan con respecto a la prueba que se pretenda llevar a audiencia en la que será interrogado por la contraparte, pero no es menos cierto que ante la posibilidad de las partes de tener la oportunidad de aportar un dictamen pericial que requiera de conocimientos técnicos, científicos y artísticos por falta de recursos económicos se le impida ejercer su derecho de contradicción y verse vulnerado indiscutiblemente su derecho de igualdad frente al proceso.

Por otra parte, también es importante manifestar acudiendo al derecho comparado que los peritos se tienen como testigos expertos: en los sistemas de *commomlaw*, el mecanismo típico para la presentación de pruebas periciales pasa por la consideración del perito como testigo: de ahí la noción de (perito experto). En otras palabras, el principio básico es que las pruebas periciales se tienen que presentar aplicando los mismos mecanismos procesales que se utilizan para las pruebas testificales.

El perito es, pues, interrogado como testigo, aunque se trata de un testigo muy especial. En su calidad de testigo, en Estados Unidos, el perito normalmente es presentado por una de las partes. Ambas partes presentan sus propios testigos expertos con el fin de ofrecer al tribunal los conocimientos especiales necesarios para decidir sobre los hechos. En consecuencia, las partes deciden si presentan o no testigos expertos, los eligen, los preparan para el juicio y les pagan. Se genera así la figura del perito o testigo experto como un pistolero a sueldo, dispuesto a servir a la parte que lo convoca.

Análisis crítico del principio de contradicción y de igualdad de las partes en la aducción del dictamen pericial al proceso civil

Basado en todo lo anterior, el presente artículo tiene como fin determinar cómo debe ser el dictamen pericial y la contradicción de este, y con respecto a este principio, establecer a nuestro juicio, la posible limitación del acceso a la justicia y vulneración a los principios de contradicción e igualdad por quien carece de recursos para solicitar la práctica de una prueba pericial en un proceso civil.

Teniendo en cuenta las precisiones anotadas con respecto a la aportación del dictamen pericial por una de las partes al contradecir el mismo, ya no es permitido el trámite que existía de sustentar la objeción por error grave, la cual surge por la realidad de nuestro Estado colombiano, de quien funja como demandante o demandado de manera genérica, porque no cuenta con los recursos necesarios para sufragar gastos de un perito de las calidades exigidas por la ley procesal y mucho menos para contratar a un experto que contradiga el dictamen que la otra parte ya aportó.

A partir de lo anterior, el grupo autor contempla varias inquietudes tales como: ¿Tendrán las partes en el proceso la capacidad económica para sufragar a un experto de estas calidades profesionales? ¿Se vulnera el derecho de igualdad y principio de contradicción frente a quien no puede sufragar un experto para presentar la demanda o para contradecir el dictamen de su contraparte? ¿Es realmente suficiente el amparo de pobreza para garantizar los derechos de la parte que no tiene recursos para sufragar el experto?

A continuación, se empieza a resolver cada uno de los interrogantes, en primer lugar con relación a que si las partes tendrán en el proceso la capacidad económica para sufragar a un experto de estas calidades profesionales; se trae a colación lo expuesto por Acuña (2015) en su artículo donde concluye lo siguiente: es una arriesgada formula la de suponer que todas las personas tendrán los recursos necesarios para solicitar la realización de una experticia y así cumplir el requisito de aportarla como lo manda el artículo 227 del CGP (demanda o contestación).

De esta manera, se piensa que en nuestro Estado colombiano, la mayoría de los ciudadanos se encuentran en estado de pobreza o miseria o condiciones muy normales de vida, entonces nos atrevemos a asegurar que en nuestro Estado, existe un gran porcentaje de ciudadanos de clase media,

otro mayor de clase baja y solo un número reducido se encuentra en clase alta. De esta manera es preocupante pensar de qué manera una persona de clase media o baja —cuando tenga un proceso judicial, donde sea la prueba fundamental el dictamen pericial— pueda contar con un perito de parte, para presentar su demanda, porque atendiendo las reglas de la experiencia, la gran mayoría de los ciudadanos que acuden a la protección o amparo judicial de sus derechos, se encuentran en estado de indefensión frente a la parte que ha causado el perjuicio, y en el peor de los casos, no tienen para sufragar los gastos procesales para impulsar el proceso, dejándole al abogado muchas veces la oportunidad de ejercer su labor bajo la modalidad cuotas Litis, por no contar con los recursos suficientes, y en el caso que nos ocupa, mucho menos para asumir los honorarios de un perito especializado, quien tendrá un reconocimiento en la cancelación de sus honorarios sumamente alto, frente a la parte que ya lo aportó, siendo complejo presentar el dictamen con la categoría que se exige por la norma procesal como parte demandante, más difícil aún será controvertir el dictamen, que muy seguramente cuenta con las cualificaciones y calidades para desarrollar el proceso.

Con respecto al segundo interrogante: si se vulnera el derecho de igualdad y principio de contradicción frente a quien no puede sufragar a un experto para presentar la demanda o para contradecir el dictamen de su contraparte, primeramente entendiendo que el principio de igualdad se traduce en las idénticas oportunidades que tienen las partes para presentar las pruebas que sean pertinentes según el caso, se puede establecer que en las partes, en el proceso judicial, quien no tenga recursos no podrá, muy seguramente, presentar en el inicio de la demanda como demandante un dictamen pericial que provenga de un perito con las calidades que se exigen por la legislación procesal por razones de los gastos que acarrea.

De igual forma sucede con quien es el demandado, que va contradecir la prueba pericial de su contraparte, pues no estará en las misma condición ni posición de la otra parte. Con esta situación se observa una violación al principio de igualdad de las partes a nivel probatorio; es decir, no es justo ni proporcional el debate probatorio, frente a quien no tiene recursos económicos para sufragar los gastos del perito de parte, convirtiéndose en la parte más débil y deberá conformarse con lo que el Estado le ofrezca.

En cuanto al principio de contradicción que es la garantía que permite que las partes en el proceso tengan la oportunidad procesal para conocer y discutir la prueba que aporte la contraparte; es decir, contraprobar la misma, es apenas lógico decir que esta garantía esta fuera de alcance para la parte con escasos recursos, pues como controvierte la prueba del que si cuenta con recursos necesarios para presentar un dictamen de un perito experto y con las calidades exigidas por la norma.

Ante el último interrogante, si es realmente suficiente el amparo de pobreza para garantizar los derechos de la parte que no tiene recursos para sufragar el perito, frente a toda esta problemática se ha establecido por la misma norma procesal (CGP) una solución y es el amparo de pobreza. Sobre esta se entiende la garantía procesal que se da a quien es de escasos recursos para acceder al aparato judicial, sin embargo; será que este mecanismo creado por el legislador es suficiente para garantizar el acceso a la justicia, el derecho a la igualdad procesal y el principio de contradicción que se profesa en materia procesal, pues es apresurado considerar que quien es llamado para ser perito como auxiliar de la justicia va acceder a hacer sin pago alguno por parte del que no cuenta con recursos para ello o esperar hasta tanto se haga efectivo el pago de la condena en costa de la contraparte. Así lo refiere Acuña en el 2014:

Lo más probable es que el amparo de pobreza no se practique por el auxiliar de la justicia, ya que, la remuneración de sus servicios no va ser sufragada por quien lo contrato, sino por la contraparte cuando fuere condenada en costas. (Congreso de la República, 2015, art. 157).

Esta reflexión surge de la percepción que se puede presentar para el auxiliar de justicia, es decir, generalmente un profesional experto en un tema que actúa como perito no va a querer acceder a realizar su labor porque no va percibir lo que corresponde con su experticia, y es normal este actuar pues el prestigio y profesionalizarse tiene un precio alto, lógicamente un excelente profesional en un área particular que tenga el reconocimiento dentro de nuestro país no accederá a este tipo de llamados por razones de que preferirá actuar donde si se le remunere de acuerdo a su trabajo profesional.

Por su parte, y de acuerdo con nuestra postura el Dr. Ramiro Bejarano Guzmán estableció su preocupación de si las partes en un proceso judicial estarían en capacidad de sufragar los costos que requiera la realización de una pericia que deberá obligatoriamente aportar con su demanda o contestación, y que es arriesgado suponer que todas las personas tendrán los recursos necesario o contará con expertos suficientes para solicitar la realización de una experticia cumpliendo con los requisitos del artículo 227 del CGP, pero además, manifiesta que esta exigencia deberá ser escrutada a la luz del principio de acceso a la justicia.

De igual manera, el Dr. Abdón Sierra, Juez del Tribunal Superior, Sala Civil de Barranquilla, frente a las inquietudes planteadas y en entrevista realizada sobre la prueba pericial por los integrantes del presente artículo se refirió a lo siguiente:

En primera medida estableció que es indispensable, dada la complejidad de la vida social y científica, acudir a los conocimientos especializados científicos para resolver muchos aspectos de la controversia en el caso de la responsabilidad medica que actualmente agobia a los Juzgados Civiles.

Es el conocimiento científico la única forma de esclarecer acudiendo al personal especializado sobre esta materia; es decir; acudir al dictamen pericial, así también manifiesta que el dictamen pericial aporta los conocimientos científicos y técnicos al juez, quien tiene un conocimiento eminentemente jurídico y este conocimiento privado no es suficiente para el proceso, pero también se refiere a que el cambio que sufrió la prueba pericial es pertinente y, a la vez no, en cuanto a que fue pertinente en la parte ética y moral que se le impregnó al perito frente al juez, pero no por cuanto como debe pagarse por ella, y esto condiciona el conocimiento de quien se le ha pagado para emitir su dictamen, se avanza en el control moral al perito pero no es de recibo la exigencia de llevarse con la demanda esta prueba porque debe hacerse en entidades especializadas en temas específicos que son además muy costosas, lo que hace más gravoso el acceso a la justicia, así entonces que la prueba pericial como prueba de parte es una limitante porque se debe pagar al experto para que haga el dictamen y condiciona el conocimiento de ese mismo pues apunta, lógicamente, a quien le paga, es bien porque recoge el principio de economía procesal, pero es mal porque puede haber condicionamiento ideológico del dictamen.

Por último, las personas de escasos recursos no cuenta con las garantías para acceder a este dictamen toda vez que las entidades especializadas en temas específicos si no les sufragan los estipendio económicos a que haya lugar, no van a realizar el dictamen necesario en el proceso judicial, así entonces, el amparo de pobreza se convertirá en una disminución de la persona que acude a él y no tendrá ese dictamen las mismas calidades e intereses frente a quien si los pago.

Conclusiones

Finalmente podemos decir que el rol que desempeña la prueba pericial al interior del proceso civil actual, comporta la carga de verificar, esclarecer y llevarle al juez los conocimientos científicos, técnicos o artísticos que se requieran en determinada causa judicial, ello atendiendo que el operador jurídico siendo falible en sus conocimientos en áreas o disciplinas distantes y opuestas al derecho requiera necesariamente del auxilio intelectual de diferentes profesionales.

Es así que atendiendo el transito plausible que sufrió la prueba pericial desde el Código de Procedimiento Civil hasta el Código General del Proceso se pudo constatar que el método de aducción al proceso de dicho medio de convicción, garantiza a las partes del proceso y permite al Juez la efectiva intermediación con el objeto de prueba, permitiendo un dialogo fluido con el perito en audiencia sin ningún tipo de resquemor, dejando atrás esa figura anodina del perito fantasma que reino en el anterior régimen procesal civil.

No obstante, lo elevadamente oneroso que pueda resultar la consecución de una prueba pericial por su carácter de prueba de parte, y que grava los recursos de quien la requiere, se tiene que aquel sujeto procesal desprovisto de recursos económicos, propenda por el amparo de pobreza como solución a la carestía en el aporte de la prueba pericial, gozando de forma aparente de esa garantía que le permite implorar del despacho judicial la consecución del medio de convicción anotado, considerando con ello que se salvaguarda efectivamente el principio fundamental de la contradicción y el derecho de igualdad, pues según criterios de la H. Corte Constitucional con aplicación del amparo de pobreza, se equilibra la condición del sujeto procesal y corresponde al juez a través de la lista de

auxiliares de justicia nombrar peritos, que atiendan la necesidad dentro del proceso judicial garantizándose con ello el derecho de contradicción y el derecho de igualdad de las partes, apreciación que no se comparte, puesto que sabemos que al interior de la rama judicial en sus múltiples listas de auxiliares de la justicia no se cuenta con profesionales, científicos, técnicos y artistas idóneos para todos los casos, así como tampoco capacitados y con cualidades que les permita ser realmente competitivos en el escenario judicial.

Con lo que finalmente, se concluye que para que se entienda aplicado de manera efectiva los principios de igualdad y contradicción en la aducción de la prueba pericial en el proceso civil, se hace necesario el fortalecimiento académico e intelectual del recurso humano y profesional con que cuenta la rama judicial en su lista de auxiliares de la justicia, para que en ese sentido se pueda afirmar que aquel sujeto procesal carente de capacidad económica vea realmente en plano de igualdad su derecho a probar y garantizada su contradicción, acompañado de un gran experto de la lista de auxiliares dispensado por su condición de amparado por pobre y que en efecto logre contender contra aquel sujeto procesal con fortaleza económica notable en el proceso judicial.

Referencias

- Acuña, E. J. (enero-junio de 2015). La prueba pericial en el Código General del Proceso: análisis de las consecuencias generadas por la eliminación de objetar del dictamen pericial. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*(41). Obtenido de file:///C:/Users/ReposBiblioteca/Downloads/371-1718-1-PB.pdf
- Canosa, U. (2011). Ubicación del Derecho Probatorio. *Jurisprudencia*.
- Canosa, U. (2012). Pruebas Código General del Proceso.
- Corte Constitucional (2006) Sentencia, T 796
- Corte Constitucional (2011). Sentencia, C 124
- Echandia, H. (2015). Teoría general de la prueba judicial, Tomo II. Temis
- Font-Serra. (1995). La adhesión al recurso de apelación en el proceso penal. *Revista general de derecho*, (606), 2083-2101.
- López, H. (2001). Procedimiento Civil Pruebas Tomo III. Bogotá: Dupre editores.

- Muñoz, M. B (2012). El dictamen pericial al dictamen de parte .Net Educativa Editorial.
- Nisimblat, N. (2017). Derecho Probatorio. Tecnicas de Juicio Oral. Bogota, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Ochoa, C. (2017). Tratado de los Dictámenes Periciales. Instituciones Jurídicas, Económicas, Financieras, Contables y Tributarias. El Libro Naranja. Ochoa Auditores.
- Pabón, P. (2007). La Prueba pericial en el sistema acusatorio. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez.
- Sentencia T 796 de 2006. Colombia.
- Taruffo, M. (2000). Contenido del informe pericial oficial. Razón Jurídica.
- Taruffo, M. (2008). Filosofía y derecho. La prueba. Madrid: Marcial Pons.

Capítulo 6



Desafíos en la implementación de la Ley 1996 de 2019 para el reconocimiento de la capacidad jurídica de personas con discapacidad mental en Colombia. Un cambio de paradigma

Jorge Armando Valdelamar Montes¹, Katia Marcela Palencia Sánchez²,
Jaime Rodrigo Rambao Hernández³, Yeison Enrique Sierra Ospina⁴

Resumen

La presente investigación realizó un análisis de las implicaciones jurídicas derivadas de la promulgación de la Ley 1996 de 2019, que trae consigo el reconocimiento de la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad en Colombia y elimina del ordenamiento jurídico interno la figura de la interdicción judicial, mecanismo tradicionalmente utilizado para la sustracción de la capacidad jurídica y sustitución de la voluntad de quienes padecían algún tipo de discapacidad mental, lo que supone un cambio de paradigma frente a la tradición jurídica civil colombiano, vigente desde hace 200 años. Está estructurada como una investigación jurídica, mediante revisión de la literatura existente, incorpora la fundamentación teórica y jurídica con las discusiones vigentes.

1 Abogado, Especialista en Derecho Procesal Civil, Maestrante en Derecho y Negocios Internacionales, Conciliador Extrajudicial en Derecho, Docente Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Coordinador Académico del Programa de Derecho de CECAR. Correo electrónico: jorge.valdelamar@cecar.edu.co

2 Abogada, Conciliadora Extrajudicial en Derecho, Magister en Gobierno y Políticas Públicas, Doctorante en Gobierno y Políticas Públicas, Directora Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de CECAR, Docente Investigadora Asociada ColCiencias 2019. Correo electrónico: katia.palencias@cecar.edu.co

3 Abogado, Magister en Derecho Procesal, Coordinador Área Jurídica de la Escuela de Posgrados de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR. Contacto: jaime.rambao@cecar.edu.co

4 Estudiante del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR, Diplomado en Derecho Privado. Correo electrónico: jasonsierra97@gmail.com

Palabras clave: reconocimiento, capacidad jurídica, personas, discapacidad mental, paradigma

Abstract

The investigation, carries out an analysis of the legal implications derived from the promulgation of Law 1996 of 2019, which brings with it the recognition of the full legal capacity of persons with disabilities in Colombia, and eliminates from the internal legal order the figure of the judicial interdiction, mechanism traditionally used for the subtraction of the legal capacity and substitution of the will of those who suffered some type of mental disability, which supposes a change of paradigm in front of the Colombian civil legal tradition, in force for 200 years. It is structured as a legal research, through a review of the existing literature incorporating the theoretical, legal basis, with the current discussions.

Keywords: recognition, legal capacity, persons, mental disability, paradigm

Introducción

La tradición jurídica contenida en la legislación civil colombiana, heredada del Código Civil chileno y, a su vez, de los trasplantes jurídicos importados desde Europa, mira la capacidad jurídica como un atributo de la personalidad compuesto, pues para su perfeccionamiento pleno se tienen que reunir algunos requisitos, por llamarlo de alguna manera. Nuestra cultura jurídica, contenida y ampliamente desarrollada por la ley, la jurisprudencia y la doctrina tiene la concepción, o por lo menos hasta ahora, de que no todas las personas son iguales ante la ley.

Pareciera paradójico al confrontar esta apreciación con lo contenido en la Constitución Política de 1991, nuestro estatuto superior; pero sí, en Colombia no todos son iguales y libres frente a la ley, o por lo menos, no ante la ley civil. Y ni hablar de los instrumentos nacionales ratificados en Colombia sobre el particular, que redundan, pero la realidad jurídica es completamente distinta.

El Código Civil de Colombia, que data de las dos últimas décadas del siglo XIX, ha contado con varias reformas, sin embargo, ningunas sustanciales sobre el tema, sino hasta el año 2009, data en la cual Colombia suscribe la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Organización de las Naciones Unidas, 2006) a través de la Ley 1346 de 2009.

En dicha convención, ratificada por el Estado colombiano, el organismo multilateral establece una serie de medidas para el respeto y garantía de la población con discapacidad en el mundo, con un marcado énfasis en la promoción del reconocimiento de su plenitud como sujetos de derechos, lo que implica un reconocimiento no solo como depositarios de prerrogativas derivadas de la protección de los bienes jurídicos tutelados, sino como sujetos con capacidad plena.

En Colombia se sumaron otras disposiciones como la Ley 1618 de 2013, que surgió como complemento de la Ley 1346 de 2009, estableciendo también un conjunto de medidas para garantizar que las personas con discapacidad pudieran ejercer sus derechos con plenitud. No obstante, pese al esfuerzo legislativo se seguía, y aún se sigue, presentando un choque normativo entre estas disposiciones y la herencia y estructura jurídica contenida en el Código Civil, pues, en la práctica, ninguna de las leyes tuvo efectos reales ni fueron aplicadas, ya que los operadores judiciales seguían observando irrestrictamente las disposiciones contenidas en el Estatuto Civil.

Surge, entonces, la Ley 1996 en el año 2019, que viene a desarrollar, de una vez por todas, lo contenido en el artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respecto de la regulación del ejercicio pleno de la capacidad legal. Dicha norma, *per se*, trae consigo un cambio en la cultura jurídica y en las herramientas para proteger los derechos de esta población, que conlleva una difícil tarea de asimilación para el ordenamiento colombiano, ya que la tradición jurídica indica que las personas con discapacidad mental son consideradas incapaces absolutos tal como lo señala el artículo 1503 de nuestro Código Civil.

Por lo tanto, bajo figuras como la interdicción judicial, por medio de la cual se les sustraía su capacidad de ejercicio, surge una fuerte transformación, por no decir, supresión en nuestro sistema normativo. De allí que esta investigación tiene como objetivo principal responder al interrogante, sobre cuáles son los desafíos en la implementación de la Ley 1996 de 2020 para el reconocimiento de la capacidad jurídica de personas con discapacidad mental en Colombia.

El abordaje de este problema jurídico resulta pertinente y necesario debido a que es imperante abrir la discusión jurídica sobre los efectos, consecuencias y desafíos que tiene la implementación de esta ley en el sistema judicial colombiano, y no solo el sistema judicial, sino en todo el aparato normativo que se encuentra frente a uno de los mayores cambios estructurales de su historia, que incluso, modifica la forma en la que se enseña el derecho en Colombia.

Es por ello, que para el abordaje de esta situación problema, en primer lugar, se realiza un abordaje sucinto de la discapacidad y la capacidad legal a partir de su desarrollo teórico y jurídico. Se identifica, también, la regulación interna sobre la capacidad legal en Colombia a partir de su sistema normativo, para finalmente establecer los cambios estructurales introducidos por la Ley 1996 de 2019 al sistema jurídico colombiano, y el cambio de paradigma frente a las personas con discapacidad mental; por lo que se tratará de una investigación, eminentemente jurídica, con la utilización de fuentes documentales.

Discapacidad y capacidad legal: apuntes teóricos y jurídicos

Históricamente, el tema de la discapacidad ha sido regulado en los sistemas normativos de todo el mundo, particularmente, preocupados por los efectos producidos por todos los negocios jurídicos en donde se veían involucradas personas que tenían algún tipo o grado de discapacidad mental o cognitiva. Ya en el derecho romano se nos hablaba de los *'mente captus'* que eran lo que hoy en nuestra legislación conocemos como 'incapaces absolutos', que no son más que las personas con discapacidad mental que la ley presume como personas que no tiene la capacidad para expresar su consentimiento en negocios jurídicos.

Sobre esto, en el derecho romano existió una particularidad, heredada a nosotros a través del Código Civil, que como manifestábamos al principio, rompe con la filosofía de nuestro Estado Social de Derecho, en el cual se considera a todas las personas libres e iguales ante la ley. Pues no, la herencia jurídica romana, traída a nosotros por la migración jurídica, ha considerado siempre que solo algunos son los privilegiados para gozar de esta facultad inherente al ser humano —‘*los ciudadanos*’ y ‘*los libres*’— como se denominaban en ese tiempo; actualmente son ‘*los ciudadanos*’ o ‘*los capaces*’ como señala nuestro estatuto civil (Guillén, s.f.).

No obstante, en la antigua Roma había sujetos que no podían ejercer bien su capacidad jurídica por distintas índoles, entre ellas, como se ha dicho, la incapacidad mental, ya que objetivamente podía viciar la toma de decisiones, y con ello afectar su patrimonio, que era el principal presupuesto para establecer limitaciones. Dentro de los incapaces mentales se encontraban los impúberes, las mujeres y todas aquellas personas que padecían una enfermedad mental.

Como estas situaciones eran un hecho notable en la sociedad romana, se vio en la necesidad de crear formas de protección a sus ciudadanos, que estos no se vieran perjudicados o desmejorados en su patrimonio, y que en consecuencia no lo hicieran con el Estado mismo. Por esta razón, en la antigua Roma, se creó la figura del ‘*guarda*’ que más que una persona, eran las facultades que se le otorgaban y ejercían sobre personas que carecen de capacidad jurídica para administrar sus bienes. La falta de capacidad puede ser total o parcial, además, estar fundada en razones relacionadas a la edad, sexo, enfermedad mental o dilapidación (Angarita, 2005).

Sobre este particular, en su obra sobre derecho romano, el tratadista Muñoz (2007) identificó que las figuras antes mencionadas fueron las utilizadas para la protección de la capacidad de ejercicio en las personas incapacitadas en el derecho romano y que en la legislación colombiana de cierto modo aún existen. Adicionalmente, encontramos también la ‘*tutela*’ y la ‘*curatela*’ como figuras que acompañaban el proceso de sustracción de la capacidad jurídica.

La tutela consistía en el ejercicio de las potestades o facultades atribuidas a un ciudadano libre romano para que velara por los intereses y sostenimientos íntegros de otro ciudadano romano; esta figura se ejercía de

manera pública y tenía un carácter fundamentalmente proteccionista para los incapaces por razones de edad. Por su parte, la curatela se refería a la protección de aquellas personas que por distorsiones de carácter permanente en la capacidad mental no podían subsistir, ya que, en cualquier momento, debido a su discapacidad, podían deshacerse de sus bienes sin ninguna clase de retribución.

En otras palabras, la curatela protegía a las personas no por razones de las edades, sino por la incapacidad; la curatela en la actualidad tiene similitud a las herramientas de protección de las personas con discapacidad en cuanto a su capacidad de ejercicio. Estas figuras designaban personas llamadas, tutores o curadores. Lo anterior, sin duda, es una clara explicación de cómo era el tratamiento de los incapaces por discapacidad mental en el derecho romano mediante estas figuras, con el pretexto de brindar protección a personas en condición de vulnerabilidad. Sin embargo, la finalidad principal siempre fue la protección del patrimonio, situación no muy alejada de la realidad jurídica colombiana, tal como lo veremos posteriormente.

Otra de las definiciones, esta un poco más actual, es la que trae la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1999), que introduce el concepto de discapacidad definiéndola como:

Una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. (Art. 1, s.p.)

Así mismo, la Organización Mundial de la Salud, estableció la Clasificación Internacional del Funcionamiento, Discapacidad y Salud (CIF) (OMS, 2011), en la que hace un abordaje médico de estas tres realidades de las personas, que en últimas se convierten en los fundamentos facticos de las decisiones jurídicas y judiciales para determinar si una persona se considera capaz o incapaz ante la ley.

A su vez, en la Guía de Atención del Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia (MinJusticia, 2016), se destacan seis modelos históricos sobre la concepción de la discapacidad en el mundo; estos han ido evolucionando a través del tiempo, a saber:

Tabla 1
Modelos sobre la discapacidad

MODELO	DESARROLLO DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD
Modelo Médico Biológico	Este modelo identifica a las personas con discapacidad como sujetos con dificultades derivadas de enfermedades o alteraciones en su fisionomía, por lo que requieren de cuidados y atenciones especiales, y los denomina “pacientes”. Es un modelo individualista.
Modelo Social	El modelo social mira la discapacidad como un fenómeno social que involucra a la totalidad de los actores que intervienen en ella, a diferencia del modelo medico biológico que mira la discapacidad a partir de la situación individual de la persona o paciente. Al tomarlo como un fenómeno o problema social, cambia la mirada sobre la discapacidad dejando de comprenderla como una condición personal, sino como una oportunidad para garantizar escenarios viables para el normal desarrollo de las personas que padecen cualquier tipo de discapacidad.
Modelo Político Activista	Este modelo, mira la discapacidad como una herramienta política para lograr promover acciones que propendan hacia el reconocimiento de los derechos de esta población.
Modelo Universal	El modelo universal considera la discapacidad como un asunto de interés global, debido a que es una situación posible de ser adquirida o desarrollada por cualquier ser humano, propendiendo a garantizar el ejercicio pleno de sus capacidades y el diseño e implementación de políticas de inclusión.
Modelo Biopsicosocial	Establece una interrelación entre el biológico, el personal y el social, para su intervención en políticas y procedimientos.

MODELO	DESARROLLO DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD
Modelo ONU Convención CDPD	Establece que la capacidad no está definida por el padecimiento de una afectación médica sino por los obstáculos que existen en el entorno para el desarrollo pleno de la capacidad, a pesar de padecerla.

Nota. Elaboración propia. Fuente: Ministerio de Justicia y del Derecho.

Capacidad legal en Colombia: una mirada a la regulación interna

Como atributo esencial de la persona, la capacidad que subsiste por la plena necesidad de libertad que representa cada ser humano, el que exista una regulación que lo respalde es pues solo un complemento que ayuda a su materialización, ya que no se puede crear una ley que dé una génesis de la capacidad, es imposible mirarlo o concebirlo de esta forma, pues como hemos mencionado anteriormente, la persona desde el momento de la concepción y que se espera que viva ya tienen dentro de su naturaleza estos atributos contemplados. La legislación colombiana establece que todas las personas tienen el derecho a la capacidad jurídica sin ninguna clase de distinción, discriminación, y si hay indicios de que se le viole este atributo, o cualquier otro, inmediatamente busca su protección.

Algunos autores conciben la capacidad no como un concepto único en sí, sino que la muestran como una combinación de prerrogativas y facultades, es así como encontramos sobre el primer aspecto que es definida como “*la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, a este concepto se le denomina capacidad de goce, adquisitiva, de derecho o natural*”, según Montoya, M. y Montoya, G. (2007). En este sentido, sobre el que los autores hacen referencia, se desprende, como se ha dicho, que hay personas que no pueden tener las mismas facultades, no obstante, se parte de una premisa, y es que todas las personas tienen la capacidad de goce.

La dificultad en el sistema colombiano la encontramos en la capacidad de ejercicio, ya que el sistema colombiano ha establecido que hay personas que no tienen la capacidad necesaria para ejercer de manera óptima su capacidad de ejercicio, por lo cual, antes de la entrada en vigor de la Ley

1996 de 2019, se acuñaba, y aún existe, el término de incapaces, figura establecida en el código civil colombiano, la cual desarrollaremos más adelante.

Sobre el segundo escenario de la capacidad, los maestros Martha Osorio y Guillermo Pérez, nos dan un preciso concepto de capacidad de ejercicio en donde afirman que otro de los sentidos en el cual es usado el término *capacidad* es el de la llamada **capacidad de ejercicio, legal, de obrar, o negociar**, y ella es la aptitud de la persona jurídica individual para administrar por sí sola sus derechos a fin de ejercerlos sin que intervenga otro (Montoya, M, & Montoya G., 2007).

La capacidad de ejercicio es entonces la aptitud de hacer transformaciones, innovaciones, alteraciones a tu patrimonio, tomar decisiones autónomas para hacer valer tus derechos, y contraer obligaciones. Para tener un poco más de claridad de lo que podemos saber sobre lo que es la capacidad de ejercicio, al respecto la Corte Constitucional también nos trae a coalición un concepto de capacidad de ejercicio en donde la define como:

La habilidad que la ley le reconoce a aquélla para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. Implica, entonces, el poder realizar negocios jurídicos e intervenir en el comercio jurídico, sin que para ello requiera acudir a otro. (Corte Constitucional, 2002, Sentencia C-983)

Colombia es, y así lo afirma en su Carta Magna, un Estado Social de Derecho, que funda su filosofía política en principios como la dignidad humana, el respeto, la igualdad, que abre un gran amplio margen de cobertura para la protección de las libertades de las personas, y con mayor énfasis, intención e integridad a aquellas que tienen un carácter de especial protección por su condición de vulnerabilidad, en el cual se les hace difícil ejercer de una forma adecuada sus derechos. Aquí su campo de acción y obligación son de mayor rango, para de esta forma materializar los principios en los cuales está basado.

Al respecto unas de esas poblaciones marginadas son las personas con discapacidad, la cuales se les hace difícil hacerse valer por sí mismas y, en razón a ello, necesitan de mayor cuidado en todos los ámbitos de su vida, y así lo percibe el Estado colombiano y le da esa particularidad,

esforzándose en darle las herramientas necesarias para que no se les violen sus derechos, por los cuales les da esta connotación, para que de esta forma sean personas común y corrientes gozando de sus libertades.

La discapacidad, como objeto de estudio, a través de la historia ha sufrido sustanciales cambios o, mejor dicho, ha gozado de evolución para describir de mejor forma las conductas de las personas que la padecen para que, de esta manera, teniendo claro su proceder, se puedan tomar las pautas adecuadas a fin de garantizar la integridad de estas personas.

Al respecto, la Constitución Política actualmente vigente, propende hacia el respeto, protección e inclusión de los grupos minoritarios que se consideran sujetos de especial protección debido a la vulneración y menoscabo de sus derechos y garantías a lo largo de la historia. Por ello, ese modelo de estado adoptado por la Constitución de 1991 establece un sistema de garantías y principios para la protección de estos grupos poblacionales. Pero esto no lo hace de manera aislada ni doméstica, sino que lo hace en concordancia con las tendencias del derecho internacional, mediante la ratificación de los tratados y su articulación con el derecho interno.

Es por esta razón que su variabilidad de protección es visible, en aras del mejoramiento de las mismas oportunidades de todas las personas en general. Sobre lo anterior, se evidencia el esfuerzo de la comunidad internacional por el restablecimiento y protección de las personas con discapacidad y ya, desde el año 1999, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad acuñó el concepto de discapacidad de la siguiente manera:

El término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. (OEA, 1999, art. 1)

Si bien podemos notar la rigurosidad conceptual que describe la conformación de varios verbos rectores que producen la discapacidad. Es de vital importancia, el carácter temporal o de permanencia, ya que este identifica la dificultad de la discapacidad. Es bueno precisar entonces que el mencionado concepto da a entender de forma clara las limitaciones

que imponían de manera desmesurada a estos sujetos, atendiendo a que se refieren a actividades esenciales en las cuales no pueden, de manera independiente, ejecutar de forma objetiva y conveniente para su vida sus decisiones. Ahora bien, a raíz de esto, la evolución del término ha permitido otros, que se incluyen diferentes cambios, tal como lo hizo la Organización de las Naciones Unidas en su Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006, al referirse a la discapacidad y a las personas que la tienen como:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales, o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir, su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (Organización de las Naciones Unidas, 2006)

Se desprende de esta conceptualización un cambio de estructuración conceptual para la protección de las personas con discapacidad, en el cual entra una característica de suma importancia, como lo es el considerar como fundamento de la discapacidad, no la deficiencia por sí misma, sino las barreras que afrontan estas personas, lo cual causa una gran diferenciación al concepto que se tenía anteriormente en la legislación colombiana, dando a entender que también son situaciones externas a ellos, lo que les impide el óptimo desarrollo de sus capacidades; por lo cual se obliga a una modificación sustancial de la forma en cómo se velan por los derechos de las personas con discapacidad.

Anteriormente hemos estado referenciando estatutos, tratados, leyes de carácter nacional e internacional en las cuales se respalda, protege, garantiza y, en su efecto, se hace visible y muchas veces efectiva la capacidad jurídica, así como toda su composición desde aspectos negativos y positivos; negativos haciendo referencia al ímpetu de trasgresión de la capacidad jurídica, a la discriminación de las personas discapacitadas, a la no inclusión. A la positiva, al arduo trabajo de los organismos por revertir o mitigar la vulneración de toda la órbita de este derecho.

Los organismos internacionales promueven, protegen y garantizan la personalidad jurídica de las personas, con mayor vigor la capacidad, puesto que ahí se plasma el ejercicio de los seres humanos, su voluntad, sus

decisiones para satisfacer sus necesidades; en ese orden de ideas, cuando hay un condicionamiento a la aptitud de ejercer derechos, es un mayor imperativo el velar por las libertades que acarrearán este condicionamiento. Desde este punto de vista explícita e implícitamente, a través de la historia existe un conglomerado de tratados que salvaguardan la personalidad jurídica, dentro de ella, la capacidad jurídica y, más específicamente, a las personas discapacitadas, entre ellos podemos relacionar los siguientes (ver Figura 1).

Figura 1
Tratados que salvaguardan la personalidad jurídica

<ul style="list-style-type: none"> • Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 159). 	<ul style="list-style-type: none"> • Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (AG.46/119, del 17 de diciembre de 1991);
<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (AG.26/2856, del 20 de diciembre de 1971). 	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud.
<ul style="list-style-type: none"> • la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas (Resolución N° 3447 del 9 de diciembre de 1975). 	<ul style="list-style-type: none"> • Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (AG.48/96, del 20 de diciembre de 1993).
<ul style="list-style-type: none"> • Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 37/52, del 3 de diciembre de 1982). 	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de Managua, de diciembre de 1993.
<ul style="list-style-type: none"> • Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988); 	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano (AG/RES. 1356 (XXV-O/95));
<ul style="list-style-type: none"> • Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (AG/RES. 1249 (XXIII-O/93)); 	<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de Viena y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (157/93)

Nota. Fuente: Departamento de Derecho Internacional de la OEA (2020)

La intención principal de este acumulado de tratados es erradicar la discriminación que existen en contra de las personas con discapacidad, mitigar esa inmunidad existente, y para cumplirlo necesita que los Estados partes que ratifican estos tratados, e inclusive los que no, adopten las medidas pertinentes en cuanto a la acción de la legislación en la creación de leyes, políticas públicas, en todo tipo de circunstancia, educación, salud, empleo y todo tipo de índole en los cuales se vean involucrados.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – CDPD

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, ha hecho un papel fundamental en el aporte de la protección de las personas con discapacidad, incluye un multipluralismo de inclusión para que las personas discapacitadas ejerzan sus derechos. Sobre el particular, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, s.f) señaló que:

Es un hito de indudable importancia para las personas con discapacidad y ha promovido la incorporación del tema en la agenda política y social de la región. En esta se adopta una amplia clasificación de las personas con discapacidad y se reafirma que todas las personas con todos los tipos de discapacidad deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (párr. 1)

A partir de lo anterior, observamos que toda convención integra un amplio contenido de expresión de libertades, sin embargo, lo que respecta de importancia y relevancia a esta investigación es el artículo 12 —sin menoscabar de lo cobijado por la convención—, el mismo establece:

Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. (Organización de las Naciones Unidas, 2006, art. 12).

Hay una gran premisa que vincula a los estados partes con base a la igualdad de condiciones de la capacidad jurídica de todas las personas, haciendo un total énfasis en las personas discapacitadas, en cuanto a la constante vulneración de la toma de sus decisiones. Este artículo en sus dos incisos hace la precisión garantista de la igualdad que tienen las personas con discapacidad frente a todas las demás, confirma también que están en toda su capacidad para asumir cualquier tipo de roles en su vida diaria, le

dan una plena autonomía, le brindan la libertad de la esencia de los seres humanos, para tomar decisiones respecto a las circunstancias y abriéndole la posibilidad a que se equivoquen, como cualquier persona lo haría. Tener total control de todos los bienes y servicios que estén a su disposición, ejercer negocios jurídicos válidos ante la ley, establecer relaciones jurídicas contractuales con sus debidos efectos, todo esto con los apoyos pertinentes que necesiten.

Esta convención a sustentado una verdad absoluta, y es la constante evolución de las formas de salvaguarda de los derechos de las personas discapacitadas, basada en principios garantista de libertades humanas; tratados que promueven la convivencia arraigada en el respeto y la paz, en donde, por supuesto, Colombia ha hecho parte. Apenas en 2009 es cuando Colombia ratifica esta convención mediante la Ley 1309 de 2009, en ella se establece y desarrolla de una forma muy minuciosa la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, indicando los procedimientos que estructuren y garanticen por medio de un proceso de jurisdicción voluntaria, el goce pleno de la capacidad jurídica y legal de las personas con discapacidad incluso mediante un sistema de apoyos para que puedan tomar sus propias decisiones y no se vean vulnerados sus derechos.

El proceso de jurisdicción voluntaria es *sui generis*, ya que no existe litis como tal, sino una rogativa judicial para que el operador jurídico mediante sentencia le conceda una pretensión sin que haya una contraparte. Exactamente, lo contrario es lo que sucede con el proceso de interdicción de personas con incapacidad absoluta, que, so pena de proteccionismos vagos, lo que hace es limitar la capacidad de ejercicio para transferírsela a otra persona, con fundamento en la línea jurídica y judicial que se tiene sobre la incapacidad contenida el código civil colombiano, en donde se establece en los artículos 1503 y 1504 la forma en la que se regula esta situación jurídica en Colombia. En estos dos artículos el Código Civil establece las consecuencias de la incapacidad absoluta, afirmando que los actos de los capaces relativos producen obligaciones meramente naturales y los incapaces absolutos no producen ni aún obligaciones naturales (Valdelamar, 2018).

A partir de estas declaraciones hechas por el Código Civil colombiano era que se hacia el estudio, y desde esta estructura se afianzaban todas las legislaciones de cualquier carácter a nivel nacional para la protección de las

personas que eran incapaces. Tomando de modo intencional la incapacidad absoluta, que es la que resulta útil para esta investigación, antes la Ley 1996 de 2019 hacía un especial énfasis en la imposibilidad de ejercitar sus derechos, por las obvias razones que no estaba en la capacidad de hacerlo, y en ese orden de idea no podía administrar su patrimonio, y en consecuencia cobraba vida la interdicción para cubrir esas falencias.

Constitucionalmente, en el artículo 14 Superior, se establece que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Constitución Política de Colombia, 1991); es decir, que las personas con discapacidad cuentan con las garantías para que se le sean materializados sus derechos. Sobre ellos, hay que decir que tienen un amplio desarrollo jurisprudencial que garantizan el ejercicio de la personalidad jurídica, con el enfoque contenido en la legislación civil vigente.

Ley 1996 de 2019: Cambio estructural de la cultura jurídica sobre discapacidad en Colombia

La promulgación de la Ley 1996 del 26 de agosto del 2019 representa una verdadera innovación en el ordenamiento jurídico colombiano, que, dicho sea de paso, de una vez por todas, viene a desarrollar en plenitud el espíritu de la CDPD de la Naciones Unidas. Como ya hemos reiterado, este instrumento vela por la protección de los derechos de las personas con discapacidad, en especial la mental.

Este mecanismo para la protección del ejercicio de la capacidad jurídica plena se refiere a la realización de los actos jurídicos válidos, pero supeditado a la suma en un sistema de apoyos que se debe crear para la protección de los intereses de la persona misma, sin necesidad de sustraerle su capacidad de ejercicio. Esta es una de las características de esta ley, que atribuye forma de protección, prevaleciendo la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad. En ese orden ideas, la parte fundamental de la promulgación de esta ley es erradicar con la sustitución de la voluntad que se hacía mediante la jurisdicción voluntaria el proceso de interdicción y rehabilitación del interdicto.

La Ley 1996 de 2019 en Colombia trae consigo un impacto fundamental en la legislación, rompiendo de manera inmediata así como absoluta todos los esquemas que se han venido implementando a través de los tiempos. A nivel internacional, la necesidad de inclusión de las personas

con discapacidad está sobre la mesa, y los organismos multilaterales han jugado un papel principal en la incidencia para las modificaciones de todo tipo de tratados que transgreden y discriminan a este tipo de población.

Así, de manera decidida han entrado en un proceso de evolución constante que se ha venido evidenciando. De modo particular, con la implementación de esta nueva ley desaparece el proceso de interdicción. Dicho proceso, que siempre en el ámbito social se ha tenido la percepción de que garantizaba el ejercicio y correlativamente el patrimonio de las personas con discapacidad mental. Además, como anteriormente en la Ley 1309 de 2009 ya se había ratificado el CDPD, tomó un carácter de imprevisto para las personas e inclusive en las muchas academias del Caribe.

En ese orden de ideas, se debe trascender a un transparente y decente reconocimiento de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental, y con miras a ello no se debe quedar en el estigma de la aparente protección del proceso de interdicción basado en la sustitución de la voluntad y la discriminatoria declaración de las incapacidades.

El artículo 12 de CDPD, nuevamente haciendo aclaración de que dicha convención fue ratificada por el Estado colombiano, claramente reconoce a todas las personas sin ninguna clase de distinción la capacidad jurídica, y en ese sentido, una sustitución de voluntad arraigada en la interdicción. La sustitución de la autonomía de la voluntad la vemos enmarcada verazmente en la nulidad de los actos que son realizados por las personas discapacitadas, luego de la interdicción, no toman ninguna clase de decisiones, ninguna relación contractual basada en sus decisiones, ninguna autonomía descritas de sus actos.

La bondad inicial y la primera ruptura con la tradición jurídica colombiana es que se cambia del paradigma, de que no se presume que una persona con discapacidad mental es incapaz, como actualmente sucede con lo preceptuado en el Código Civil, sino que, por el contrario, trae una presunción de que todas las personas son capaces legalmente, tanto de goce como de ejercicio, y se indica que el padecimiento de una afección que comprometa la capacidad mental, no es óbice para que no se le reconozca su capacidad plena. En consecuencia, estas personas pueden de manera libre expresar su voluntad y su consentimiento por sí misma y no por interpuesta persona como sucede actualmente.

Otra de las innovaciones que trae la norma es que se elimina del ordenamiento jurídico colombiano el proceso de interdicción para personas con discapacidad. Este cambio de criterio jurídico supone que los procesos de interdicción fallados con antelación a la fecha de expedición de la nueva ley perderán sus efectos, y deberán adecuarse al nuevo sistema de apoyos que trae la nueva disposición normativa. Ahora bien, si se elimina la interdicción, y con ellos las figuras de la curatela y/o tutela, la Ley 1996 trae un nuevo sistema denominado ‘sistema de apoyos’ que sustituyen en su forma a las figuras tradicionales. Este sistema puede materializarse de tres formas:

1. Mediante un acuerdo de apoyos, que pueden ser suscritos en centros de conciliación y ante notarios públicos.
2. Por sentencia judicial derivada de un proceso de jurisdicción voluntaria, o también a través de un proceso verbal sumario de acuerdo con lo establecido en el Código General del Proceso.
3. A través de la suscripción de una directiva anticipada, consistente en que la persona con discapacidad mental puede establecer a su criterio y voluntad respecto de terminados negocios o actos jurídicos antes de que éstos se lleven a cabo, es decir, un pre-ordenamiento de su consentimiento.

En todo caso, la figura del sistema de apoyos entra en contraposición a las figuras tradicionales de la curatela, o el administrador fiduciario o los padres de la persona que garantizaban según los doctrinantes de la nueva concepción de la protección de las personas con discapacidad una plena sustitución de la voluntad. Este sistema de apoyos tiene como propósito velar por la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad mental, para celebrar sus negocios jurídicos, pero brindándole toda la asistencia íntegra para la toma de sus decisiones (AsDown Colombia, 2019)

Se pueden encontrar muchas garantías ya legisladas en el ordenamiento colombiano para la protección de la capacidad jurídica de las personas discapacitadas, haciendo un mayor énfasis en el cubrimiento del patrimonio y las situaciones económicas. En concordancia con lo anterior, se podría dar

por sentado que estos sistemas representan una alternativa mejor a aquellos sistemas tradicionales de sustracción de capacidad jurídica y sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, ya que la implementación de los ajustes razonables necesarios para la toma de decisiones les garantizaría la igualdad material predicada en la dogmática constitucional colombiana.

Adicionalmente, podemos mencionar las distintas figuras que protegen el patrimonio de las personas discapacitadas sin sustituir su voluntad, entre ellas la fiduciaria mercantil, usufructo, patrimonio de familia inembargable, sociedad por acciones simplificadas, entre otras, que con el adecuado apoyo no se violentan los derechos de las personas discapacitadas.

Por otra parte, la nueva ley establece una periodicidad o vigencia del sistema de apoyos, estableciendo un rango de cinco (5) años, y presenta aclaración en caso de que en definitiva no se pueda establecer por la persona con discapacidad. De acuerdo al Ministerio de Justicia y del Derecho (2018), dentro de las innovaciones jurídicas podemos destacar las siguientes:

1. Marco normativo para garantizar el derecho al trabajo.
2. Expedición y reglamentación de lineamiento nacional sobre valoración de apoyos.
3. Plan de formación para operadores jurídicos.
4. Modificación a la legislación civil e inclusión del proceso de adjudicación judicial de apoyos.
5. Revisión de los procesos de interdicción y rehabilitación en curso.

Si bien, la ley fue expedida en el año 2019, su entrada en vigor será diferida, ya que se establecen en la misma norma unos rangos de fechas en los cuales se deben ejecutar las disposiciones contenidas en ella. No obstante, precisamente sobre ello, se ha generado una preocupación, toda vez que, de acuerdo con sus detractores, los términos establecidos no se acompañan con la decisión inmediata de suspensión de los procesos de interdicción vigentes y la adecuación de los que están en curso. Otra de las discusiones jurídicas derivadas de la promulgación de la norma, es sobre la responsabilidad de los menores de diez (10) años respecto de la culpa,

elevándola a doce años, y elimina la figura de la incapacidad aquiliana contenida en los artículos 2346 y siguientes del Código Civil (Ámbito Jurídico, 2019).

Así las cosas, la Ley 1996 de 2019 cambió de manera sustancial el paradigma de la concepción que se tenía sobre personas que tenían un condicionamiento psicosocial en el cual eran declarados como incapaces relativos o absolutos y, desde ese punto de vista, ejercían sobre ellos una interdicción coaccionada que acarreaba con su autonomía de voluntad y su patrimonio. En su efecto y con la evolución de las formas de protección contra la discriminación e inclusión de las libertades de las personas discapacitadas, ya no se ven las personas discapacitadas como unos enfermos, sino como lo que son, personas que tienen unas barreras de distinta índoles, internas y externas, pero que con el apoyo necesario se puede garantizar su capacidad de ejercicio. No obstante, se deja un tema abierto, sobre la responsabilidad penal derivada del ejercicio pleno de la capacidad jurídica.

Conclusiones

En suma, una vez desarrollada la presente investigación, se puede establecer como premisa general que la promulgación de la Ley 1996 de 2019 supone para el Estado colombiano, así como para sus instituciones, sus jueces y los profesionales del Derecho, un cambio en el paradigma, toda vez que se rompe con toda la tradición jurídica vigente por más de 200 años de historia jurídica, judicial y republicana. La ratificación de por medio de la Ley 1996 de 2019 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad produjo el cambio sustancial de la forma de protección de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, en el cual, mediante el análisis de la promulgación de la mencionada ley, erradica con el proceso de interdicción desarrollado por la Ley 1309 de 2009.

Bajo esta premisa existente en el actual ordenamiento colombiano, las personas declaradas incapaces relativas o absolutas, en las cuales hay una objetiva vulneración de derechos, y con impacto directo en la capacidad jurídica; más aún bajo la nueva concepción de las personas discapacitadas, que trata de diferentes barreras internas y externas que se le presenta en la

vida a cierto tipo de personas. En ese entendido, las barreras en todos los tipos índoles en las actividades diaria de las personas como lo pueden ser, educativas, cultural, el acceso a la justicia sin discriminación, a la salud, a la toma de decisiones, mediante los adecuados apoyos se logra una total y plena garantía de la capacidad jurídica de las personas discapacitadas, dicha facultad se encuentra regida por la Ley 1996 de 2019.

En esta ley los apoyos quienes son la ayuda sostenida especializada, respecto de las necesidades de las personas discapacitadas en el ejercicio de su capacidad de tomas sus propias decisiones, introdujo formas adecuadas de no sustitución de la autonomía de la voluntad. De la misma manera, podemos colegir que tanto la doctrina como la jurisprudencia deben hacer una recomposición de sus postulados, al igual que la forma en la que se estudia, se enseña, se ejerce y se aplica el Derecho, ya que la nueva disposición presenta una ruptura conceptual sobre el ejercicio pleno la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y pone a nuestro sistema normativo interno en la vanguardia jurídica y a tono con las nuevas corrientes jurídicas internacionales.

En tercer lugar, la Ley 1996 de 2019, es una norma ambiciosa, ya que de un solo golpe trajo la definición de un estadio jurídico gris en el que se encontraban las anteriores disposiciones sobre discapacidad desde la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2009. El hecho de haber eliminado del ordenamiento jurídico colombiano la figura de la interdicción, y la suspensión inmediata de los procesos en curso, supone un desafío para las sedes judiciales que se ven abocadas a una serie de actuaciones perentorias. No obstante, se evidencia una discordancia entre los términos establecidos por la nueva norma que pueden suponer una confusión o representar un problema de aplicación una vez se vayan cesando de conformidad con los tiempos establecidos. Sin embargo, esta es la mayor conquista jurídica para garantizar que, por lo menos, en materia civil y lo referido a la celebración de actos y negocios jurídicos, se predique una igualdad material de las personas ante la ley.

Referencias

- Ámbito Jurídico. (2019). *Elementos fundamentales de la ley sobre capacidad legal plena de ciudadanos con discapacidad*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/elementos-fundamentales-de-la-ley-sobre-capacidad-legal-plena-de>
- Angarita, J. (2005). *Lecciones de Derecho Civil—Tomo I*. Bogotá, Colombia: Temis.
- AsDown Colombia. (2019). *El ejercicio de la capacidad jurídica: Guía para su aplicación*. Obtenido de AsDown Colombia. http://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap_Juridica.pdf
- CEPAL. (s.f.). *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*. Obtenido de Acerca de personas con discapacidad: [//www.cepal.org/es/temas/personas-con-discapacidad/acerca-personas-discapacidad](http://www.cepal.org/es/temas/personas-con-discapacidad/acerca-personas-discapacidad)
- Congreso de la República de Colombia. (2019). *Ley 1996 de 2019*. Obtenido de Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad.: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1996_2019.html
- Constitución Política de Colombia. (1991). Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional, Sentencia C–983 de 2002 (Corte Constitucional de Colombia 2002).
- Guillén, J. (s.f.). *Las personas libres en Roma*. Obtenido de Universidad Pontificia de Salamanca: <https://summa.upsa.es/high.raw?id=0000002878&name=00000001.original.pdf>
- MinJusticia. (2016). *Guía de Atención para las Personas con Discapacidad en el Acceso a la Justicia*. Obtenido de Ministerio de Justicia y del Derecho—Colombia: <http://discapacidadcolombia.com/phocadownloadpap/GOBIERNO/GUIA%20DISCAPACIDAD%20ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA.pdf>
- Minjusticia. (2018). *ABC Ley 1996 de 2019*. Obtenido de Ministerio de Justicia y del Derecho: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/>

Tejiendo_Justicia/Publicaciones/ABECE%C2%B4%20Ley%201996%20de%202019%20(1).pdf

- Montoya, M. & Montoya, G. (2007). *Las personas en el Derecho Civil*. Bogotá: Leyer.
- Muñoz, L. (2007). *Derecho Romano comparado con el Derecho Colombiano, Quinta Edición*. Bogotá, Colombia: Temis.
- OEA. (7 de Julio de 1999). *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>
- Organización de Estados Americanos. (2020). *Departamento de Derecho Internacional*. Tratados Multilaterales: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>
- OMS. (2011). *La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INTOR/cif-ia-oms.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (13 de Diciembre de 2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (1999). *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. Obtenido de OEA: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>
- Valdelamar, J. (2018). *Reconocimiento de la Capacidad Jurídica de Personas con Discapacidad Mental para declarar uniones maritales de hecho desde los Consultorios Jurídicos en Colombia. Un estudio de caso*. Obtenido de E.Book: Estudios de Caso desde una perspectiva multidisciplinar: <https://www.cecar.edu.co/documentos/editorial/e-book/estudios-de-caso-desde-una-perspectiva-multidisciplinar.pdf>

Capítulo 7



Incidencia de los factores psicosociales en la imposición de la pena por parte de los jueces de conocimiento de la ciudad de Sincelejo- Sucre, entre los años 2018 y 2019

Olga Lucy Olascoaga Furnieles, Stefanny Paternina Pérez,
Linda Palacios Vásquez

Resumen

La criminalidad y la crisis penitenciaria son una realidad que día a día vive la sociedad colombiana, los intentos de las autoridades por frenarla o disminuirla han sido en vano, dado su constante incremento, demostrando así que la política criminal no se está centrada en eliminar los factores que inciden directamente en la comisión del delito, es por ello que el presente artículo desarrolló la investigación referida a los factores psicosociales que afectan a la población carcelaria de la Cárcel la Vega en la Ciudad de Sincelejo-Sucre, donde se entrevistaron a 80 de las personas condenadas y recluidas en este centro carcelario y penitenciario, además, se utilizó la entrevista semiestructurada para indagar sobre las dimensiones personales, familiares, laborales, académicas, sociales y de servicios públicos domiciliarios que hacían parte de la vida de los sujetos de muestra antes de la comisión de delitos y que afectaron su comportamiento e incidieron en la comisión de los mismos y, por otro lado, se entrevistó a uno de los dos jueces de ejecución de penas que existen en Sincelejo para conocer el tratamiento penitenciario que se le da al condenado y revisar que este supla las deficiencias en las dimensiones analizadas en la entrevista a los condenados. Es con este trabajo que se identificaron las situaciones de riesgo que conllevan a la delincuencia por parte de los ciudadanos así como la incidencia que estas tienen en la fijación de la pena por parte de los jueces de conocimiento de la ciudad de Sincelejo.

Palabras clave: Factores psicosociales; condenados, incidencia, fijación de la pena

Abstract

Criminality and the prison crisis are a reality that Colombian society lives day by day, the attempts of the authorities to curb or decrease it have been in vain given its constant increase, thus demonstrating that criminal policy is not focusing on eliminating the factors that directly influence the commission of crime, That is why this article developed the research referred to the psychosocial factors that affect the prison population of the Cárcel la Vega in the city of Sincelejo–Sucre, where 80 of the people convicted and detained in this prison and penitentiary center were interviewed, In addition, the semi-structured interview was used to ascertain the personal, family, work, academic, social and home public service dimensions that were part of the lives of the sample subjects prior to the commission of the crimes and that affected their behavior and influenced the commission of the same. This work identified the risk situations that lead to crime on the part of citizens, and the impact that these have on the setting of sentences by the judges of the city of Sincelejo.

Keywords: Psychosocial factors; convicted persons, incidence, fixing of the sentence

Introducción

En Colombia la criminalidad y el hacinamiento son problemáticas que van en aumento constantemente, realidad que no es completamente ajena a otros países, pues se reconoce que en América Latina el hacinamiento, la ingobernabilidad y otros aspectos han creado una verdadera crisis penitenciaria y carcelaria, llegando a afirmarse que uno de cada tres delincuentes de América Latina reincide (Jiménez, 2018). Colombia específicamente tiende a tener sobrepoblación en sus cárceles y penitenciarias, ello agudiza el hacinamiento y afecta la salud, la seguridad, la disciplina al igual que la prestación de servicios intramurales a las personas que se encuentran privadas de la libertad, afectando así su dignidad humana (Arenas & Cerezo, 2016)

Estos problemas penitenciarios no inician con la privación de la libertad de las personas, sino que son el producto de una fallida criminalización, primaria y secundaria, y del Estado mismo, al no garantizar las condiciones de vida digna a sus administrados, quienes en medio de la pobreza, la ignorancia y el desempleo encuentran en la ilegalidad y el delito una herramienta para suplir sus necesidades básicas. Es en este aspecto donde los factores psicosociales que componen el entorno de una persona cobran gran relevancia, inciden en la comisión de delitos y son la clave para brindar un tratamiento penitenciario y pospenitenciario que verdaderamente evite la reincidencia y cumpla con ello los fines de la pena.

Por último, se hace imperioso dar a conocer la situación de la cárcel la Vega para luchar contra el populismo punitivo, el hacinamiento y la ignorancia en la población, así como para buscar que las autoridades locales y nacionales mejoren el tratamiento pospenitenciario así como las condiciones de vida en sociedad para que las personas puedan satisfacer sus factores psicosociales y no incurran en la delincuencia como forma de suplir dichas necesidades. De este modo, en lugar de ignorar sus necesidades y continuar con obsoletas formas de pensamiento basadas en el aislamiento y olvido de estas personas, que por su condición de personas son titulares de derechos humanos imprescriptibles, se propenda a la creación de condiciones de vida digna para todos.

Metodología

Esta investigación, por su contenido es de carácter interdisciplinario, es socio-jurídica porque se analizó la incidencia de estos factores psicosociales que afectan a los condenados e inciden en la comisión de delitos y, es psicológica debido a que estudiamos factores psicosociales y su aplicación según la Ley 906 de 2004. El enfoque es cualitativo, toda vez que se toma la entrevista como instrumento de medición de la incidencia de los factores psicosociales sobre la pena y también, frente a la recolección de datos sobre los factores psicosociales en los condenados de la cárcel La Vega.

Es una investigación de carácter descriptivo, pues podemos identificar y medir el nivel de afectación de los condenados por los factores psicosociales estudiados y la incidencia de estos en la comisión de delitos; así mismo, se utilizaron fichas de análisis de texto para recolectar información, haciendo uso del método inductivo para determinar las conclusiones de la problemática estudiada.

Existen dos tipos de fuentes, las primarias son las entrevistas que se aplicaron a los condenados de la cárcel la Vega para determinar los factores psicosociales que los afectan. Como fuentes secundarias tenemos la Ley 906 de 2004, los artículos científicos y otros trabajos académicos que consignan interpretaciones e información sobre la problemática; los instrumentos utilizados en esta investigación consisten en la ficha de análisis de texto y el cuestionario de preguntas para la entrevista, sin olvidar las técnicas de observación y análisis.

Factores psicosociales en Colombia

Para poder iniciar el estudio en el grupo de muestra, debemos tener claro los conceptos que estaremos trabajando, entre los cuales encontramos la siguiente definición sobre la palabra factor presentada por Bembibre (2009):

No existe un concepto claro para ésta palabra, debido a que por ser de origen latino se utiliza para diferentes contextos y se adapta a cualquier situación, lo más cercano a su definición corresponde a que son los responsables de la evolución, variación y transformación de hechos. (s.p)

Aterrizando a los factores psicosociales encontramos que en la actualidad existe un problema respecto del concepto *factor psicosocial*, debido a que todo lo relacionan con *riesgo psicosocial* que va directamente ligado a un tipo de riesgo laboral y debemos aclarar, entonces, que factor psicosocial no solo es un tipo riesgo laboral, sino otros contextos y ámbitos que también hacen parte de la vida de una persona. Es allí donde encontramos los demás factores, tales como la educación, la vida personal, familiar y sexual, la pobreza, la falta de políticas públicas, los factores ambientales y los factores psicológicos como la agresividad, la falta de tolerancia y el estrés.

Por esta razón, para un dar un concepto más preciso de *factor psicosocial* hemos decidido definir primero qué es un problema psicosocial. En principio, se entiende como aquellos factores frecuentes y globales que afectan a un número de personas. Sin embargo, no se puede encontrar un concepto amplio, que encierre todos los problemas psicosociales que se reconocen, pero, si decimos “abuso sexual”, “estrés”, “violencia intrafamiliar”, “explotación laboral”, entonces sí le damos una definición más detallada a cada problema psicosocial que existe. Para dar un acercamiento a este concepto, Castro (2003) ha plasmado que:

Como se ha observado es un caja de sastre muy grande y demasiado variable como para darle una definición precisa, por lo que, los estudios relacionados con problemas psicosociales se centran sobre todo en medir el impacto que estos ocasionan en una persona, tales como el estrés, la ansiedad, la depresión, los síntomas somáticos, entre otros. (p. 1)

Al individualizar los factores psicosociales se detallan los siguientes:

La pobreza: se deben tomar dos variables, la primera “pobreza absoluta” y la segunda “pobreza relativa”. Respecto a la primera:

La pobreza absoluta, hace referencia a aquellas condiciones de vida donde una persona no puede cubrir sus necesidades básicas, por lo cual enfrenta una carencia total de bienes y servicios que la llevan a estar expuesta a la miseria y el abandono por parte de la sociedad. (Instituto Nacional de Estadística, s.f, s.p.)

La segunda la define Townsend (1979) como: aquellas familias en términos de precarización, cuando no cuentan de ciertas facilidades y comodidades, que son comunes en la sociedad en la que se vive. Así mismo, el proceso de precarización de las familias se va mostrando en su estado de desventaja observable y desfavorable frente a la comunidad en que se desarrolla (Townsend, 1979).

Falta de políticas públicas: Las políticas públicas son “las acciones de gobierno que éste emite y que buscan cómo dar respuestas a las diversas demandas de la sociedad” (Ruiz & Cárdenas Ayala, 2003, p. 4). La falta de estas Políticas son: la principal responsable del desempleo y la pobreza, de la falta de educación y del acceso al servicio de Salud, cuando en un país no están reguladas las políticas públicas se tiene como consecuencia que la inseguridad aumenta en mayor porcentaje; la droga y la delincuencia se convierten en un negocio como el tráfico de armas, la trata de personas y el narcotráfico (Coriat, 2016).

Factores laborales: en el ámbito laboral se comprobaba una estrecha asociación entre los factores psicosociales de riesgo y el daño a la salud. El estrés relacionado con el trabajo sería el causante psicológico y fisiológico entre los problemas laborales organizacionales y los problemas de salud, físicos y mentales. Característica de estos, es que son riesgos con probabilidades altas de causar daños en gran magnitud. Las consecuencias de los riesgos psicosociales tienen una alta probabilidad de generarse y de ser más graves. Entre estos están el acoso laboral, el acoso sexual, la inseguridad contractual, el desgaste profesional, el conflicto familia-trabajo, el trabajo emocional, el estrés y la violencia (Moreno & Baez, 2010).

Factores ambientales: el deterioro ambiental en Colombia se incrementa cada día a pesar de los proyectos implementados por el gobierno y de los organismos nacionales e internacionales que luchan por contrarrestar daños de la intervención humana en los ecosistemas.

El detrimento en nuestra calidad de vida es consecuencia de distintos factores como: el crecimiento desmedido de las ciudades, la contaminación atmosférica, la degradación de los suelos, la extracción de recursos mineros, las explotaciones agrícolas extensivas, entre otros, que afectan a toda la población. Colombia ocupa el tercer lugar en la lista de países más desiguales de Latinoamérica, de allí que Ramírez (2013) encuentre que:

De los aproximadamente 13.600 niños y niñas menores de 5 años que mueren cada año, más de la mitad de estas muertes sean ocasionadas por causas ambientales prevenibles como la mala calidad del agua, las deficiencias en el sistema de alcantarillado, la inadecuada disposición de las basuras. (párr. 7)

Factores familiares y sexuales: la familia es el grupo primario en el que los individuos aprenden las normas básicas de comportamiento humano y las expectativas sociales. En dicho contexto, los valores y actitudes son transmitidos a las generaciones futuras, dando a los individuos un sentido de historia y continuidad. El grupo familiar proporciona apoyo emocional y protección a las pautas educativas inadecuadas y los padres coercitivos y manipulativos con sus hijos. Las falsas expectativas de los padres sobre la conducta esperada de los hijos, la extrema vigilancia y supervisión inadecuada, el castigo aplicado en forma sin justificaciones y la disciplina excesiva, severa e inadecuada representan pautas erróneas de crianza, que están asociadas al consumo de sustancias psicoactivas y la delincuencia adolescente y adulta (Patterson, Chamberlain & Reid, 1982).

Su importancia radica en que el comportamiento supervisado o no en casa, puede ser exportado y generalizado a otros contextos donde el joven interactúa. Si el niño/joven aprende respuestas hacia la autoridad, como los padres, mediante la agresión y la manipulación posiblemente tendrá dificultades para interactuar con figuras de autoridad en otros contextos como la escuela, la policía, el barrio, etc.; de esta manera, se formará un repertorio conductual y social de oposición a las reglas y de enfrentamiento frente a figuras de autoridad, que pueden favorecer la aparición de un conducta antisocial y delictiva (Patterson, DeBaryshe & Ramsey, 1989).

La escasa interacción entre padres e hijos, al igual que los conflictos maritales, se consideran factores de riesgo familiares para la conducta antisocial y delictiva, por ello, se ha planteado que si en una familia la relación es cálida y afectuosa la probabilidad de aparición de la conducta problemática disminuye (Sanabría & Uribe, 2010).

Factores psicológicos: en el contexto de la conducta antisocial, las investigaciones ya no se centran exclusivamente en buscar la causa del problema. Esto refleja en parte el reconocimiento de los complejos factores que se combinan para producir la conducta delictiva, las distintas vías que conducen a un mismo resultado. Para comprender los mecanismos en los que se manejan los factores de riesgo sería entonces necesario realizar estudios que examinarán la multiplicidad de estos y su desarrollo en el curso del crecimiento.

Es probable que existan vías o secuencias múltiples que conlleven al comportamiento delictivo y que estas difieran en los jóvenes a distintas edades, de distinto sexo y de culturas diferentes (Aparicio, 2016).

Por último, se ha dicho que del desarrollo tecnológico se deriva que el hombre esté angustiado por conseguir más posesiones materiales, ha perdido la fe y las convicciones, reduciendo su capacidad para amar; escapando a un vacío sin sentido como el alcoholismo, a una extremada promiscuidad sexual y a síntomas psicósomáticos de toda clase que explica mejor la teoría de la tensión (estrés) (Fromm, 2008)

Identificación de los Factores psicosociales que afectan a los condenados de la cárcel la vega en Sincelejo, sucre

Partiendo de lo anterior se aplicó a los condenados una entrevista frente a los factores psicosociales en Colombia, estructurándose en las dimensiones laborales, familiares, sociales, académicas, personales y de servicios públicos, las cuales arrojaron que se discuten seguidamente.

Dimensión laboral

En la dimensión laboral 30 de los 60 encuestados manifestaron contar con un trabajo de manera permanente o muy frecuente, reflejando que el 50% de los condenados contaban con un medio de trabajo que les permitiera cubrir sus necesidades en todo o parte, sin embargo, esta

condición no era congruente con la legalidad de sus labores y el nivel de desgaste emocional variaba de acuerdo con el tipo de actividad económica realizada por cada uno.

Por otra parte, el 16.6% (10 personas) manifestó que nunca o casi nunca tuvieron un trabajo que les permitiera saciar sus necesidades básicas, lo cual se reflejaba en la ilicitud de su conducta y en el estrés desarrollado por los condenados; las 20 personas restantes, el 33.3%, muestra que solo ocasionalmente contaban con un medio de trabajo, lo que impedía que sus necesidades básicas fueran cubiertas por sus ganancias, y que en la mayoría de casos las actividades realizadas no fueran legales y generaran mayor nivel de estrés en ellos.

Figura 1
Dimensión Laboral

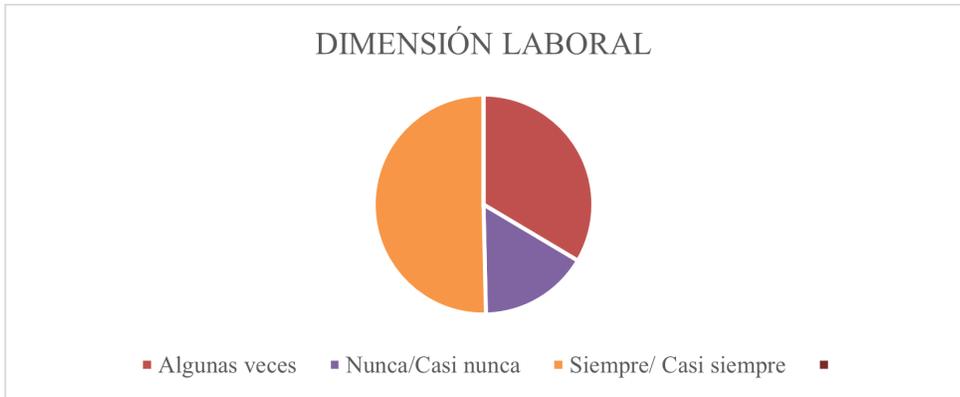
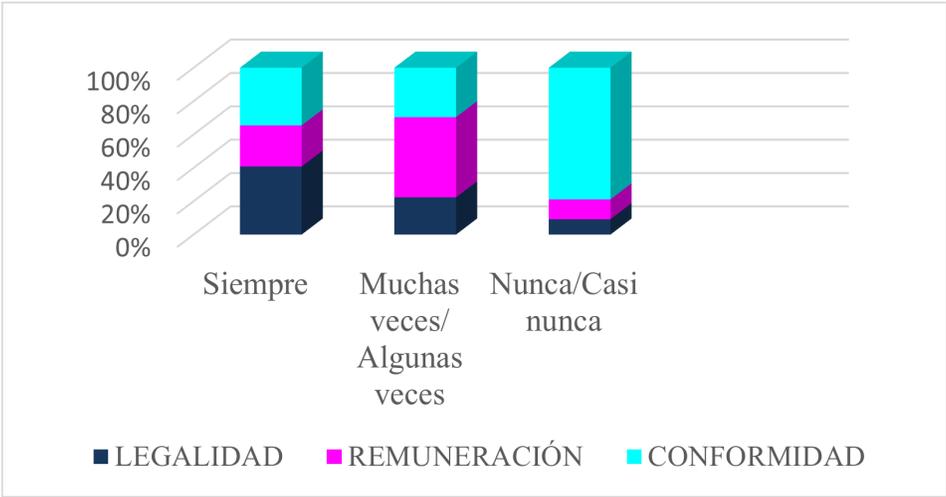


Figura 2
Dimensión Laboral

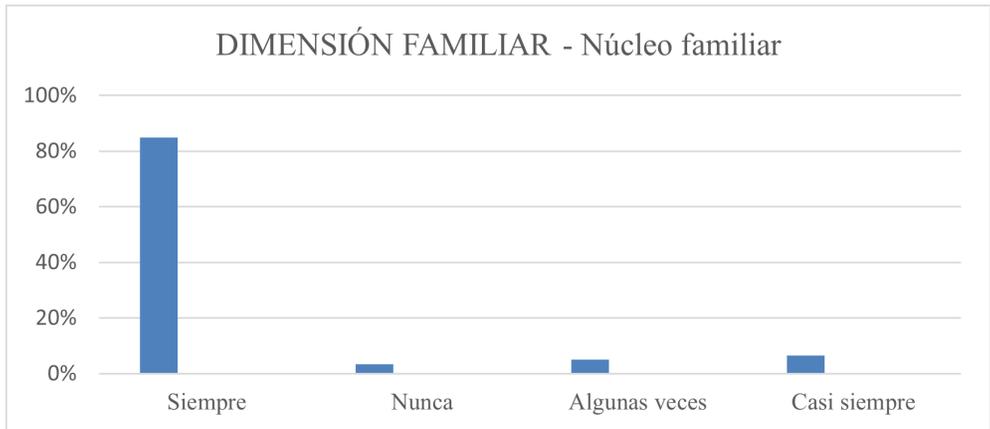


Nota. Elaboración propia, tomada de (Condenados de la Cárcel la Vega, 2018)

Dimensión familiar

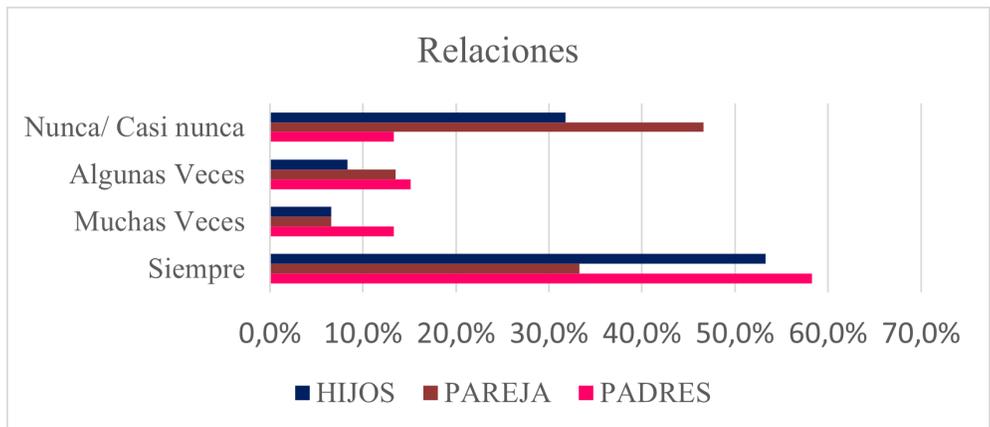
En la dimensión familiar encontramos que el 85% (51 personas) de los condenados contaban con un núcleo familiar, que el 3.3% (2 personas) consideró que nunca tuvo uno, que el 6.6% (4 personas) expresaron que muchas veces contaban con uno, y por otro lado, el 5% (3 personas) algunas veces hicieron parte de un núcleo familiar. Pero, las relaciones existentes entre los condenados y sus padres, hijos o pareja sentimental varían significativamente, pues muchos de estos enuncian una mala o precaria relación entre ellos, así mismo, muchos de los encuestados no se consideraban apoyados por su familia y se titulan de abandonados por estas desde que ingresaron al centro carcelario.

Figura 3
Dimensión familiar



Nota. Elaboración propia, tomado de Condenados de la Cárcel la Vega (2018).

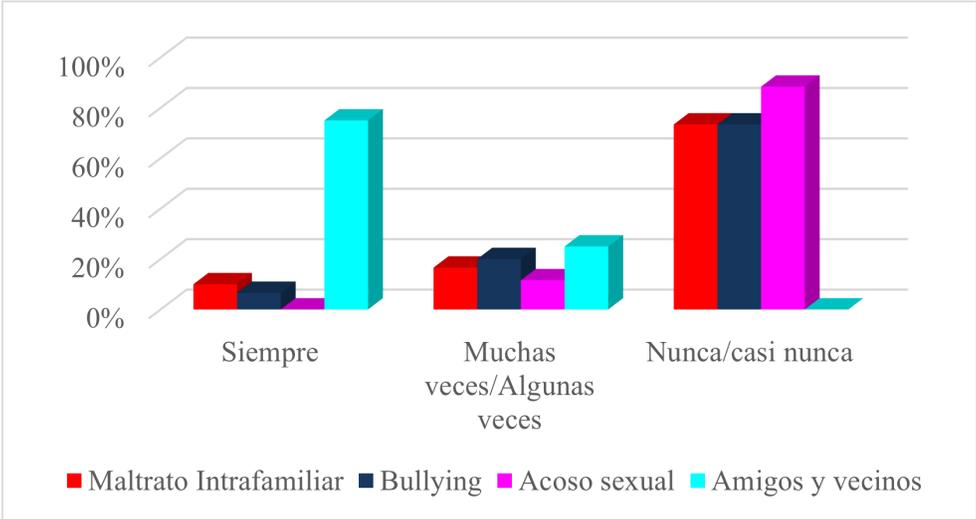
Figura 4
Dimensión interpersonal



Nota. Elaboración propia, tomado de (Condenados de la Cárcel la Vega, 2018)

Dimensión social

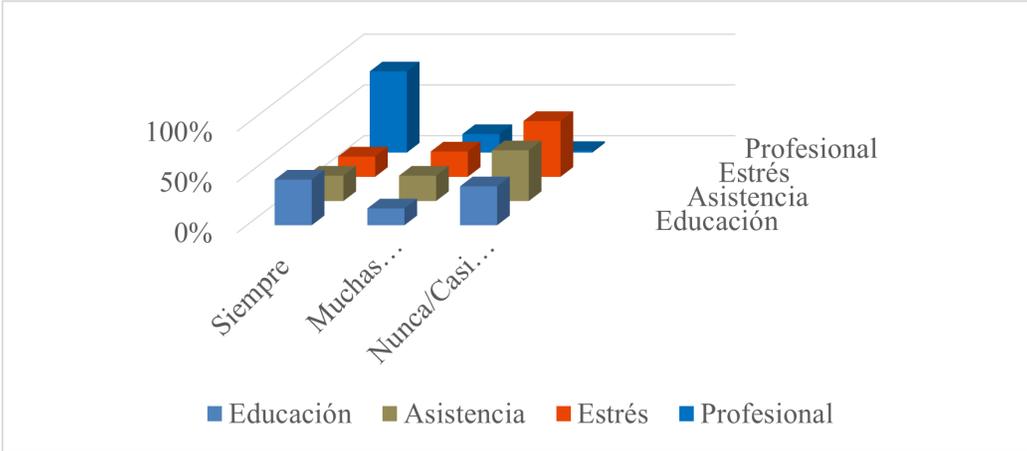
Figura 5
Dimensión social



Nota. Elaboración propia, tomado de (Condenados de la Cárcel la Vega, 2018)

Dimensión académica

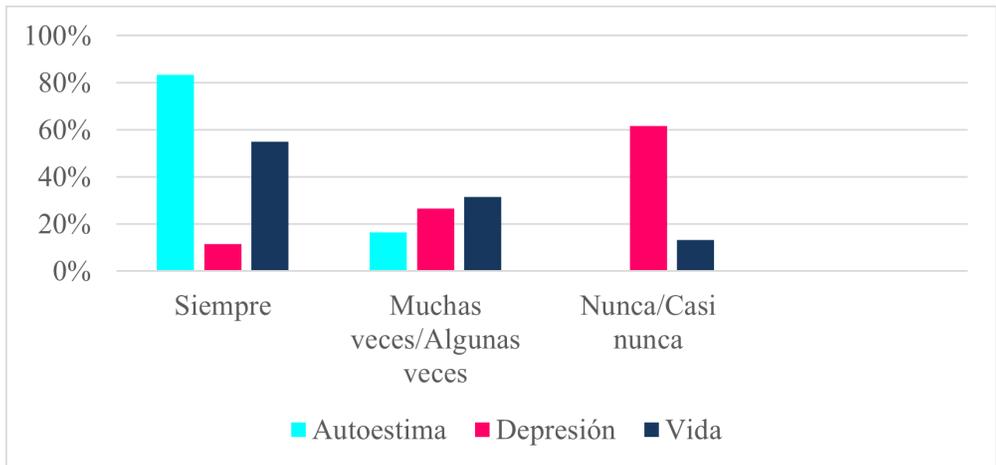
Figura 6
Dimensión Académica



Nota. Elaboración propia, tomado de (Condenados de la Cárcel la Vega, 2018)

Dimensión personal

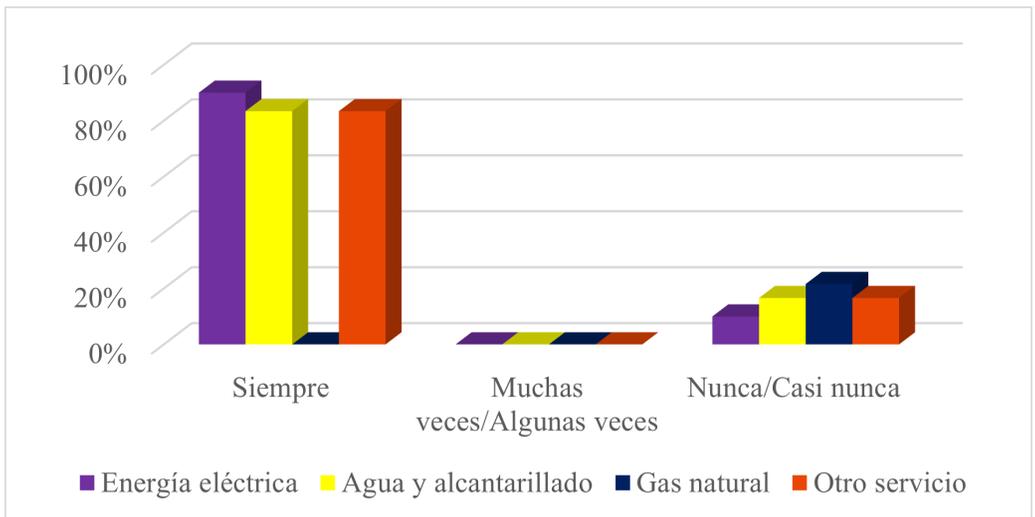
Figura 7
Dimensión personal



Nota. Elaboración propia, tomado de (Condenados de la Cárcel la Vega, 2018).

Dimensión de servicios públicos

Figura 8
Dimensión de servicios públicos



Nota. Elaboración propia, tomado de (Condenados de la Cárcel la Vega, 2018)

Por los datos recogidos con las 60 entrevistas se puede afirmar que los condenados han sido afectados por todos los factores psicosociales descritos en este acápite, puesto que la psiquis humana no permite concebir de manera aislada los aspectos de la vida del ser humano, sino que requiere que sean integrados para comprender el porqué de su conducta desde lo individual.

Cada sujeto de la muestra posee un patrón único de interacción entre los factores que lo conllevaron a la comisión de los delitos, pues, mientras a uno el maltrato intrafamiliar, unido a las malas relaciones con sus progenitores, lo llevaron a reflejar esta relación en su área laboral, social y con sus hijos; a otros, que contaban con una relación familiar sana pero con inestabilidad laboral y afectación psicológica sobre sí mismos que los llevo a encontrarse en la misma situación actual, como condenados en la Cárcel La Vega.

Fijación de la pena por parte de los jueces de conocimiento

La Ley 906 de 2004 en su artículo 139 consagra los deberes específicos de los jueces, es decir, independientemente de sus deberes como servidores judiciales, tienen otros, considerados deberes especiales con relación al proceso penal, entre ellos encontramos en primer lugar, que:

Deben evitar maniobras dilatorias, que significa que, no extender de forma innecesaria el proceso, además, dice el numeral primero del artículo antes mencionado que los jueces deben evitar los actos inconducentes, impertinentes y superfluos, rechazándolos de plano (Congreso de la República, 2004).

En el numeral segundo (2) y para efectos de éste trabajo de investigación, uno de los artículos que más nos interesa, en el sentido de que son los jueces quienes tiene competencia para ejercer los poderes disciplinarios, aplicar las medidas correccionales que les atribuye el Código de Procedimiento Penal, con el fin de brindar eficiencia y transparencia en la administración de justicia; por otro lado los jueces pueden corregir actos irregulares, motivar de forma resumida y coherente aquellas medidas que afectan derechos fundamentales en el imputado e intervinientes.

Así mismo, pueden decidir sobre las controversias que surjan en las audiencias sin abstenerse de pronunciarse por desconocimiento, silencio, contradicción y los demás señalados en el numeral 5 del artículo, por último, los jueces deben dejar constancias expresas sobre el cumplimiento de las normas referentes a derechos y garantías del imputado u acusado, como de igual forma respecto de las víctimas (Congreso de la República, 2004).

Ahora bien, ¿es el juez de conocimiento aquél que debe hacer los estudios a los factores psicosociales del imputado e imponer la pena? El artículo 40 de la Ley 906 de 2004, le da competencia expresa a los jueces de conocimiento para imponer penas y medidas de seguridad salvo las excepciones que otorga la misma ley, y en el artículo 41 les da competencia a los jueces de ejecución de pena, para lo que la misma palabra indica, ejecutar las penas y medidas de seguridad (Congreso de la República, 2004). Por otro lado, nos encontramos frente a uno de los principios que en materia de pruebas corresponde al juez de conocimiento, estipulado en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal, que establece que:

En el juicio únicamente serán estimadas como pruebas aquellas que se produjeron e incorporaron de forma pública, oral, concentrada y sujeta a contradicción y, por otro lado, plantea un caso excepcional sobre las pruebas que pueden ser introducidas de forma anticipada por el juez de control de garantías. (Congreso de la República, 2004)

Sin embargo, se puede observar que a quien en principio le corresponde el análisis de prueba es al juez de conocimiento y, por la razón, es a este quien por medio de las reglas de la sana crítica debe llegar a unas conclusiones antes de emitir el fallo condenatorio; entre estas reglas se establecen los hallazgos en peritaje (todos aquellos auxiliares de la rama judicial) y el juez a través de la lógica y el sentido común debe hacer un estudio detallado acerca del imputado conforme a su condición económica, social, cultural, familiar, laboral y ambiental. Para confirmar lo anteriormente dicho, la Corte Constitucional colombiana ha establecido unos criterios para la imposición de la pena a través un amplio marco jurisprudencial, al referirse la Corte a la medición de la pena se refiere a que:

El intérprete debe tener en cuenta las situaciones que modifican los límites de la pena, es decir, además del estudio proporcional y razonable, debe verificar los hechos sobre ciertas situaciones que podrían variar los marcos punitivos entre el mínimo y el máximo, por ejemplo, aquellos actos cometidos bajo el impulso de la ira y el intenso dolor; El juzgador debe tener en cuenta por otro lado aquellas situaciones que no modifican los límites de la pena pero que le permiten la graduación de la sanción según el caso, entre las cuales se encuentran las circunstancias atenuantes y agravantes expresadas en los artículos 55 y 58 de ley 599 de 2000. (Corte Constitucional de Colombia, 2016)

Otros pronunciamientos de la Corte Constitucional confirman lo anteriormente establecido, explicando los fines de la pena y en especial la resocialización que se ve menoscabada por las fuertes afectaciones a los derechos fundamentales cuando se les impone la sanción condenatoria. ¿Por qué? debido a que esta va a privar de distintos derechos a la persona, como el derecho de locomoción, libre desarrollo de la personalidad, intimidad personal y familiar, derecho de propiedad, derecho a la libre expresión, derecho de reunión, entre otros.

Entonces, lo que debe buscar el juzgador es que la pena pueda ser proporcional, pero con mecanismos sustitutivos que hagan efectivas las normas constitucionales, por ello deben analizar los instrumentos criminológicos en el caso, teniendo en cuenta la condición personal del condenado, el comportamiento, la situación familiar, y actividades resocializadoras que le permitan hacer juicios de valor sobre el recluso, como lo manifiesta la Corte (Corte Constitucional de Colombia, 2016)

Por esta razón, otra muestra poblacional serán los jueces de ejecución de pena, que conforme al artículo 38 del Código de Procedimiento Penal colombiano “se encargan del condenado dentro del centro penitenciario y los asuntos relacionados al seguimiento del condenado con el propósito de que se cumplan los fines de la pena y las garantías de la persona privada de la libertad” (Congreso de la República, 2004).

Peritos y Dictamen Psicosocial en Colombia

Es importante conocer los conceptos de perito, dictamen pericial y dictamen psicosocial, el perito es un experto en determinada materia que se encarga de brindar un informe que servirá de prueba ante un juez, entonces, el dictamen pericial es precisamente el informe que rinde un experto sobre la materia, ahora bien; este conocimiento técnico y especializado que se encuentra plasmado en el dictamen es aquél que el Juez debe analizar antes de dictar sentencia (Perito Judicial Group, 2018)

Éste es “una especie de testimonio que rinde alguien con los conocimientos y las técnicas bajo juramento de estar manifestando la verdad y ha actuado con objetividad tomando en consideración el caso en concreto” (Enciclopedia jurídica, 2014, s.p.).

El dictamen psicosocial por otro lado, es un análisis psicológico que realiza el perito para que el Juez pueda tomar decisiones en todo tipo de proceso. Éste dictamen debe contener una opinión objetiva y científica de un psicólogo jurídico o un trabajador social sobre una persona o situación en particular (Apai, Atención psicológica, 2016).

Principalmente, lo que debe contener el dictamen pericial es la interrelación de la persona con sus miembros de la familia, y el análisis de otras condiciones psíquicas de éste (Yañez del Pino , 2020)

Incidencia de los Factores Psicosociales en la imposición de la pena por parte de los jueces de conocimiento de la ciudad de Sincelejo-Sucre, entre los años 2018 y 2019

Con la finalidad de contrarrestar la incidencia de los factores psicosociales en la imposición de la pena por parte de los jueces de conocimiento de la ciudad de Sincelejo- Sucre, entre los años 2018 y 2019, se realizó una entrevista a un juez penal del circuito de Sincelejo, quien prefirió no divulgar su nombre o despacho. Se encuentran las siguientes respuestas a las preguntas realizadas:

1. Una vez el imputado queda a su disposición en la audiencia de formulación de la acusación: ¿Qué es lo primero que usted analiza cómo juez?

Primeramente, como juez de conocimiento debo esperar a que el fiscal encargado del caso envíe el escrito de acusación y que se me remita el expediente, el cual reviso y estudio para tener una visión general del caso, sin embargo, no es hasta el juicio como tal que muchos aspectos del delito se conocen y debaten, y es en ese debate donde más se centra el análisis, el Código de Procedimiento Civil es claro respecto a las facultades del juez como tercero imparcial y el proceso penal es un conjunto de actos procesales que deben cumplirse en orden y a cabalidad, así que como garante de la legalidad este se guía de estas normas.

2. Para el análisis general del imputado desde su condición socioeconómica, laboral y familiar de la persona, ¿qué tipo de pruebas son las más idóneas desde su rol como juez de conocimiento?

En el proceso penal solo se decretan y practican las pruebas que sean conducentes, pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos [nuevamente reitera las disposiciones legales sobre materia probatoria en el proceso penal y deja en claro que su postura] y se ajusta a la legalidad y no excede su competencia.

3. Si un imputado se encuentra afectado por algún factor psicosocial que agrave su vida familiar, laboral o económica. ¿Cuál es el procedimiento que usted sigue en estos casos para la imposición de la pena?

La imposición de la pena está regida por unas reglas y principios que el Código Penal y de Procedimiento Penal establecen, el sistema de cortos, las atenuaciones y agravaciones, los acuerdos y negociaciones, así como la modalidad dolosa o culposa, son los elementos a tener en cuenta al momento de imponer la pena cuando se halla culpable a un procesado, alejarse de los parámetros de la ley puede llevar al juez a incurrir en responsabilidad disciplinaria o penal.

4. Es notorio como la sociedad ejerce presión sobre las decisiones que toman los jueces, en especial, la decisión sobre la pena, debido a que la ideología general es que “entre más años de cárcel más justo es el derecho”, sin embargo, doctrinantes como Günter Jakobs han demostrado que “el populismo punitivo es contrario a los fines de la pena, entre esos la resocialización” (Anónimo, 2019) y por otro lado, causa hacinamiento carcelario, uno de los problemas que actualmente tienen los centros penitenciarios en Colombia. Entonces, partiendo de lo anterior ¿Qué opina

usted como juez de conocimiento sobre la presión que ejerce la sociedad sobre ustedes al momento de imponer una pena? Y ¿cree que es cierto que el populismo punitivo impide el cumplimiento de los fines de la pena?

El cree que el juez no debe dejarse llevar por la opinión de la sociedad, pues su actuar debe estar regido por la legalidad y la imparcialidad, pero reconoce que ese populismo punitivo lleva a que las penas se endurezcan o que se tipifiquen cada vez más conductas como delitos; los problemas en el sistema de administración de justicia y el sistema penitenciario hacen cada vez más complicada la tarea, especialmente cuando en áreas como la penal la delincuencia aumenta y los procesos también, mientras que la oferta de justicia no varía significativamente.

5. Partiendo de las respuestas que nos ha dado hasta el momento, ¿cuáles medidas considera usted que deben adoptarse para que se garantice un proceso penal con observancia de los factores psicosociales de los acusados?

Se necesitaría que el mismo legislador incluya dentro del proceso penal una fase que se centre en estudiar esos factores psicosociales, pero considera que es un trabajo extenso y que no solo compete a la administración de justicia, pues los gobiernos locales y regionales deberían implementar políticas públicas que busquen la superación de estos problemas en las comunidades más vulnerables y propensas a estos.

6. Finalmente, ¿considera que el sistema de administración de justicia penal cuenta con los elementos y recursos necesarios para valorar los factores psicosociales que agravan la conducta del procesado?

La respuesta es rotunda, no; la congestión judicial, la falta de recursos, mano de obra y herramientas de trabajo hacen muy difícil para cumplir los requisitos actuales de la administración de justicia, incluir un nuevo acápite en el proceso penal solo entorpecería más este.

Conclusiones

Se ha logrado analizar que la incidencia de los factores psicosociales en la imposición de la pena por parte de los jueces de conocimiento, parte de que en Colombia existen múltiples factores psicosociales que pueden afectar a las personas y hacerlas propensas a delinquir, su condición como país en vía de desarrollo, el conflicto armado interno y las falta de políticas públicas que garanticen la satisfacción de las necesidades básicas de la población hacen más atractiva la delincuencia como una forma de procurarse los recursos necesarios para suplir estos, además, la falta de cultura de salud mental y social conlleva a que el problema se agudice y tome muchos matices.

Los condenados han sido afectados por todos los factores psicosociales descritos en este acápite, puesto que la psiquis humana no permite concebir de manera aislada los aspectos de la vida del ser humano, sino que requiere que sean integrados para comprender el porqué de su conducta desde lo individual. Cada sujeto de la muestra posee un patrón único de interacción entre los factores que lo conllevaron a la comisión de los delitos, pues, mientras a uno el maltrato intrafamiliar, unido a las malas relaciones con sus progenitores, lo llevaron a reflejar esta relación en su área laboral, social y con sus hijos; a otros, que contaban con un relación familiar sana, pero con inestabilidad laboral y afectación psicológica sobre sí mismos los llevo a encontrarse en la misma situación actual, como condenados en la Cárcel La Vega, de la ciudad de Sincelejo- Sucre, entre los años 2018 y 2019.

De acuerdo a lo evidenciado a través de entrevistas realizadas, los jueces de conocimiento al momento de fijar la pena no tienen en cuenta los factores psicosociales que influenciaron en la comisión del delito, su estricto apego a la ley a las formas del proceso los hacen desconfiar de la idea de tener en cuenta elementos externos para tomar la decisión de los años de condena a imponer, además, al recaer sobre sus hombros la amenaza de una falta disciplinaria o penal consideran que si el mismo legislador no crea un espacio para el análisis de estos factores para la imposición de la pena, ven muy difícil que en la realidad se lleve a cabo.

Referencias

- Apai, Atención psicológica. (25 de Abril de 2016). *Los dictámenes psicossociales*. Recuperado el 04 de 11 de 2018, de Apai, atención psicológica: <https://www.apai-psicologos.com/dictamen-psicosocial-psicologia-juridica/>
- Aparicio, D. (2016). La psicología de la Delincuencia. *Psyciencia*, 1-5.
- Arenas, L., & Cerezo, A. (2016). La realidad penitenciaria en Colombia: la necesidad de una nueva política criminal. *Revista Criminalidad*, 175-195.
- Bembibre, C. (12 de 07 de 2009). *Factores*. Obtenido de Definición ABC tu diccionario hecho fácil: <https://www.definicionabc.com/general/factores.php>
- Castro, G. J. (2003). Problemas psicosociales, una aproximación en Consulta. *Revista Clínica Electrónica en Atención primaria*.
- Condenados de la Cárcel la Vega. (15 de Junio de 2018). Análisis de los factores psicosociales. (S. Paternina, Entrevistador)
- Congreso de la República. (31 de agosto de 2004). Ley 906 de 2004. *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá, Colombia: Legis. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Coriat, A. (28 de Junio de 2016). La falta de políticas públicas alienta el crimen organizado. *La estrella de Panamá*, pág. Martes.
- Corte Constitucional de Colombia. (13 de Abril de 2016). Sentencia de Constitucionalidad. *Sentencia C-181/2016*. Colombia. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-181-16.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (22 de Junio de 2016). Sentencia de Constitucionalidad. *Sentencia C-328/2016*. Colombia. Obtenido de Sentencia C-328/2016
- Enciclopedia jurídica. (2014). *Enciclopedia jurídica*. Recuperado el 04 de 11 de 2018, de 2014 Enciclopedia jurídica: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/perito/perito.htm>
- Fromm, E. (2008). Problemas Psicológicos del hombre en la sociedad moderna. *Revista de Psicología, sociedad y cultura*, 1-3.

- Instituto Nacional de Estadística. (s.f). *Instituto Nacional de Estadística*. Obtenido de La pobreza y su medición: Presentación de diversos métodos de obtención de medidas de pobreza: <https://www.ine.es/daco/daco42/sociales/pobreza.pdf>
- Jiménez, A. (09 de Abril de 2018). Las prisiones en América Latina, verdaderas “bombas de tiempo”. *Los Tiempos*, págs. <https://www.los-tiempos.com/actualidad/mundo/20180409/prisiones-america-latina-verdaderas-bombas-tiempo>.
- Moreno, J. B., & Baez, L. C. (2010). *Factores y Riesgos Psicosociales*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Patterson, G. R., Chamberlain, P., & Reid, J. B. (1982). A comparative evaluation of a parent-training program. *Behavior therapy*, 13(5), 638-650.
- Patterson, G. R., DeBaryshe, B. D., & Ramsey, E. (1989). *A developmental perspective on antisocial behavior* (Vol. 44, No. 2, p. 329). American Psychological Association.
- Perito Judicial Group. (2018). *2018 Gabinete Pericial PJ GROUP*©. Recuperado el 04 de 11 de 2018, de ¿Qué es un perito y cómo ser perito?: <https://peritojudicial.com/que-es-un-perito-como-ser-perito/>
- Ramírez, O. (2013). Factores Sociales y problemáticas ambientales contemporáneas. *Palabras al Márgen edición 22*.
- Ruiz, L. D., & Cárdenas Ayala, C. (2003). ¿Qué es una política pública? *IUS Revista Jurídica*.
- Sanabría, A. M., & Uribe, R. A. (2010). *Factores Psicosociales y problemáticas en jóvenes*. Bucaramanga, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.
- Townsend, P. (1979). *Poverty in the United Kingdom*. Londres: Allen Lane and Penguin Books’.
- Yáñez del Pino , C. (2020). *Perito Judicial*. (C. Yáñez del Pino, Editor) Recuperado el 04 de 11 de 2018, de Peritos judiciales online: <https://peritos.online/peritos-judiciales/peritos-psicologos/los-dictamenes-psicosociales-en-los-procesos-de-familia.html>

Entrevistas a condenados

Dimensión Laboral

No.	Pregunta	Siempre	Muchas veces	Algunas veces	Casi nunca	Nunca
1	¿Tenía usted trabajo?					
2	¿La remuneración por su trabajo cubría sus necesidades básicas?					
3	¿Le gustaba su profesión u oficio?					
4	¿Era legal su profesión u oficio?					
5	¿Le causaba desgaste emocional la actividad que realizaba?					

Dimensión Familiar

No.	Pregunta	Siempre	Muchas veces	Algunas veces	Casi nunca	Nunca
1	¿Tiene usted un núcleo familiar?					
2	¿Es buena la relación con sus padres?					
3	¿Tiene buena relación con su pareja?					
4	¿Tiene buena relación con sus hijos?					
5	¿Se siente apoyado por su familia?					

Dimensión Social

No.	Pregunta	Siempre	Muchas veces	Algunas veces	Casi nunca	Nunca
1	¿Ha sido víctima de maltrato intrafamiliar?					
2	¿Ha sufrido bullying?					
3	¿Le han acosado sexualmente alguna vez?					
4	¿Tiene buena relación con sus vecinos?					
5	¿Considera buena su relación con sus amigos?					

Dimensión Académica

No.	Pregunta	Siempre	Muchas veces	Algunas veces	Casi nunca	Nunca
1	¿Ha tenido acceso a la educación?					
2	¿Se le ha hecho difícil poder asistir a una escuela?					
3	¿Se considera un buen estudiante?					
4	¿Le causan estrés las actividades académicas?					
5	¿Le gustaría ser profesional universitario?					

Dimensión Personal

No.	Pregunta	Siempre	Muchas veces	Algunas veces	Casi nunca	Nunca
1	¿Considera que se quiere a sí mismo?					
2	¿Se siente desdichado?					
3	¿Le gusta su vida?					
4	¿Tiene un proyecto de vida?					
5	¿Considera que ha tenido una buena vida?					

Dimensión De Servicios Públicos

No.	Pregunta	Siempre	Muchas veces	Algunas veces	Casi nunca	Nunca
1	¿Cuenta su vivienda con acceso a corriente eléctrica?					
2	¿Cuánta su vivienda con el servicio de agua potable?					
3	¿Recibe el servicio de gas natural en su vivienda?					
4	¿Cuenta con algún otro servicio como televisión por cable o antena, internet o telefonía?					
5	¿Puede acceder al servicio de aseo y alcantarillado en su vivienda?					

Capítulo 8



Acoso laboral o *mobbing* en el marco de la Ley 1010 de 2006 del ordenamiento jurídico colombiano

José Márquez Vergara¹, María Rosa Barbosa²,
Berónica Narváez Mercado³

Resumen

El acoso laboral en Colombia se dio por primera vez en el 2006 como norma exclusiva en el ordenamiento jurídico, esta estableció los actos constitutivos de acoso laboral, sus agravantes y las sanciones a imponer al implicado. Con la investigación se conceptualizó, caracterizó y se analizó el *mobbing* a través de la doctrina y jurisprudencia, mediante una investigación jurídico dogmática, descriptiva, se logra evidenciar la ineficacia de la norma cuando no se concilia y se acude a las autoridades estatales.

Palabras clave: acoso laboral, mobbing, sanción, empleo y fuero.

Abstract

Workplace harassment in Colombia occurred for the first time in 2006 as an exclusive rule in the legal system, this established the acts constituting workplace harassment, its aggravating factors and the sanctions to be imposed on the person involved, with the research was conceptualized, characterized and analyzed the mobbing through the doctrine and jurisprudence, through a legal research dogmatic, descriptive, achieving evidence of the ineffectiveness of the rule when it is not reconciled and go to state authorities.

1 Abogado de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe Cecar. Correo electrónico: jose.marquez@cecar.edu.co

2 Abogada de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe Cecar. Correo electrónico: maria.barbosa@cecar.edu.co

3 Doctorante en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. MBA de la Escuela Libre de Derecho de Costa Rica, Abogada, Conciliadora y Docente Investigadora, Directora del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe, Líder del Grupo de Investigación GISCER. Correo electrónico: beronica.narvaez@cecar.edu.co

Keywords: harassment at work, mobbing, sanction, employment and jurisdiction

Introducción

Con la creación de la Constitución Política de 1991, Colombia pasó a ser un Estado social de derecho con prevalencia de los derechos fundamentales, lo que hace que en el plano laboral los trabajadores cuenten con protección especial por parte del gobierno debido a la subordinación o dependencia laboral y su desigualdad entre la relación del empleado y empleador (Cabrera, 2018). Un comercio globalizado y un mercado capitalista en donde lo primero que buscan las empresas es la productividad laboral, por lo que los movimientos de los trabajadores colombianos se han centrado en la dignificación del trabajo y que los empleados no sean víctimas de la explotación laboral o de los distintos tipos de violencia que se pueden desarrollar en el trabajo.

Una de las problemáticas que está en tendencia es el acoso laboral o *mobbing* por sus siglas en inglés; por las extensas jornadas laborales en el país, el lugar de trabajo se vuelve como un segundo hogar para los empleados, no tener un entorno agradable o saludable en el cual desempeñar las labores trae consecuencias negativas tanto para el trabajador como para la empresa.

En aras de prevenir y erradicar el *mobbing* el legislador crea una norma específica que es la Ley 1010 de 2006, en ella se establecen el régimen de situaciones que son constitutiva de acoso laboral y cuáles no, sus atenuantes y agravantes de la conducta, como también establece el régimen sancionatorio, los cuales serán tratados más adelante de la investigación (Congreso de la República, 2006).

La ley 1010 de 2006 establece unos parámetros a los que las empresas o instituciones deben dar cumplimiento, tales como tener acorde a la norma en mención el reglamento interno de trabajo, realizar las capacitaciones en prevención y erradicación del acoso laboral y establecer los mecanismos con los que el trabajador cuenta para poder erradicar el hecho.

En el desarrollo de las actividades cotidianas en el ambiente laboral generan diferentes situaciones y conflictos entre sus trabajadores entidades tanto públicas como privadas, porque suele existir falta de respeto entre los mismos miembros de la administración, situaciones que perturban el buen ambiente laboral y psicológico de las personas hasta llevarlas a tomar decisiones que repercutan en su vida personal y familiar, como lo es renunciar a sus cargos, por lo anterior lo que se pretende con esta investigación es que esta serie de conflictos no sean permanentes y, además, se conozca los mecanismos jurídicos para prevenir y erradicar el acoso laboral o *mobbin* y, de esta manera, lograr un ambiente digno y sano entre compañeros de trabajo e implementar el seguimiento jurídico que este amerita.

Por tanto, se ha formulado la siguiente pregunta problema: ¿Cómo se configura el acoso laboral o *mobbing* según el ordenamiento jurídico colombiano y cuál es su tratamiento? en aras de velar por la protección y garantías de los trabajadores. La Constitución Política, la ley y la jurisprudencia les brindan una serie de garantías a los trabajadores, tanto del sector oficial como del sector privado, en relación a su contrato de trabajo y, por ende, a las relaciones interpersonales entre los miembros de la empresa. Por ello se hace de suma importancia que los diferentes empleados estén actualizados con las normas que les cobija dentro del ordenamiento jurídico colombiano, con miras de que exista un ambiente de armonía y bajo condiciones donde prime el respeto a la dignidad humana.

La Ley 1010 de 2006 sobre acoso laboral ha despertado interés, debido a que este tema es importante por los bienes jurídicos que busca proteger, como lo son el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la honra y la salud mental de los trabajadores, además de la armonía entre quienes comparten el mismo ambiente laboral. Se considera necesaria la socialización de Ley 1010 de 2006, dando a conocer las diferentes clases de acoso laboral. Finalmente, vale resaltar que el respeto es la base de las relaciones laborales exitosas, aprender a vivir y celebrar nuestras diferencias y construir solidariamente en el lugar de trabajo permite mantener un ambiente agradable para el desempeño de nuestras labores, pues cualquier situación adversa puede conllevar a que no se den los resultados esperados por cada uno de los empleados, lo que trae como consecuencia una administración deficiente.

Metodología

La presente es una investigación jurídica de tipo cualitativo atendiendo al concepto de Hernández, Fernández, & Baptista (2006), quienes afirman que las investigaciones cualitativas se basan en ambientes naturales, reales, sin fundamentar la investigación en estadísticas; simplemente se extrae la información de los datos. Es descriptiva porque se pretende conocer los contextos, hábitos y formas predominantes a través de la descripción de las actividades, objetos, procesos y personas que participan en el núcleo de la investigación (Deobold & J Meyer, 1983)

Acoso laboral o *mobbing*

Colombia ha sido uno de los pocos países en Latinoamérica que ha reglamentado el acoso laboral o *mobbing* con la expedición de la Ley 1010 de 2006, antes de esta norma no existía en el ordenamiento jurídico colombiano nada que se le pareciera, las relaciones laborales no contaban con reglamentación al respecto. Con la expedición de la ley en mención lo que se persigue es un respaldo y respeto en las relaciones laborales entre empleador y trabajador, pese a la diferencia en la jerarquía; esto pueda convertirse en eficacia laboral, en términos capitalistas es rendimiento en la productividad (Camacho, s.f.). El fundamento de esta norma se encuentra en el artículo 25 de la Constitución Política en donde versa que: “las condiciones de trabajo deben ser dignas y justas, sin embargo el legislador protege otros derechos como el bienestar físico y moral, la libertad sexual, la intimidad y el buen nombre” (Congreso de La Republica, 1991).

El Acoso laboral, a su vez conocido como *mobbing*, es una conducta negativa reiterada que va dirigida a uno o varios trabajadores de parte de sus colegas o superiores, este comportamiento no deseado por las víctimas es realizado de manera intencional por el abusador causando humillaciones y estrés tanto en el acosado como en las personas que lo presencian, dificultando el rendimiento laboral (Uribe, 2011).

La doctrina en Colombia define el acoso laboral como una reproducción de conductas sistemáticas en contra del trabajador, por lo general son realizadas por quien desempeña el papel de jefe, el cual se configura en el ámbito laboral como el asedio que se le hace a una persona o a un grupo de personas (Carvajal & Davila, 2013).

A su vez, los autores García, Moreno, Rivera, Fragozo, & Murillo (2014, p. 14) definen el acoso laboral como “toda conducta persistente y demostrable, la cual recae sobre un trabajador que está en condiciones de subordinación con el fin de desmotivar, infundir miedo, causar angustia, causar un perjuicio laboral para que finalmente este renuncie”. Mientras, La Corte Constitucional colombiana toma la definición de *mobbing* otorgada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el Convenio 155, el cual establece el *mobbing* como “la acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta” (Corte Constitucional, Sala Plena, 1995).

Chile es uno de los pocos países de Latinoamérica que ha creado una norma específica en materia de acoso laboral como también lo ha realizado Argentina, sin embargo, Argentina inclinó la norma hacia la rama penal y no a la laboral como lo es el caso de Chile y Colombia. La legislación chilena define en el artículo 2° inciso 2° de la Dirección de Trabajo, 2019, Ugarte (citado en Peña, 2016):

Es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. (p. 14)

Clases de Acoso laboral

Para que se constituya el acoso laboral debe darse en el área de trabajo, ya sea por parte de compañeros o de quien haga las veces de jefe, el acoso laboral principalmente afecta la psiquis del acosado, por lo general no hay rastros del mismo, las consecuencias de este se manifiestan en estrés, en ocasiones es tan intenso que termina en un trastorno de estrés post-traumático. Debido a que existen diferentes formas de acoso se abarcará de manera concreta cada una de ellas, haciendo énfasis en el acoso sexual por ser el más invasivo de los acosos.

Acoso sexual en el ámbito laboral: el acoso sexual es uno de los grandes problemas que presenta el ordenamiento jurídico colombiano por su dificultad probatoria, este acoso se diferencia de los demás porque es íntimo, se da entre el acosado y el acosador, en la mayoría de los casos no hay testigos, no se encuentran secuelas físicas de su presencia. En los casos que se presenta el desconocimiento de los mecanismos de protección del trabajador esto hace que lo enfrente por sus propios medios, como evitar, tolerar y en última instancia renunciar, pero no acuden a los mecanismos para erradicar el acoso.

Fernández & Muñoz (2015) establecen que el caso de acoso sexual establecido en la Sentencia 278 de 2007 del Consejo Superior de la Judicatura lo resuelven dejando de lado las conductas de acoso en la Ley 1010 de 2006, fundamentaron la decisión en principios y derechos constitucionales, lo que trae como consecuencia que no hay precedente judicial que deje las bases de estudio del *mobbing*.

Acoso psicológico: Autores como García-Allen (s.f.) lo definen como violencia psicológica en que compañeros de trabajo o superior jerárquico realiza sobre el trabajador, al menos una vez a la semana prolongándose en el tiempo que se estima de seis meses”.

Acoso físico: (Robira, s.f.) Define el acoso físico como asediar de manera constante a la víctima o acosado con el fin de buscar contacto en contra de su voluntad, estos actos van desde persecución hasta la agresión física.

Ciberacoso: Es uno de los acosos más reciente por el desarrollo y uso de la tecnología, según Robira (s.f.) este acoso se constituye con el uso de medios electrónicos a través de las redes sociales o mensajería instantánea para hacer llegar al acosado una serie de mensajes ofensivos.

El acoso laboral o *mobbing* en el ordenamiento jurídico colombiano

El ordenamiento jurídico colombiano, desde lo promulgado en la Constitución de 1991, busca proteger derechos fundamentales, principios, valores, como la dignidad humana, un ambiente digno, la honrar, el buen nombre, entre otros, pero el principal pilar es la dignidad.

Constitución Política: desde la Constitución se empezó a mirar las relaciones laborales con índice de desigualdad en la relación trabajador empleador, por ello el legislador modificó el Código Sustantivo del Trabajo, el cual le do al trabajador mecanismos de defensa para que sus derechos no fueran vulnerados, asegurar un trato digno, estabilidad laboral e igualdad salarial, hechos que hoy se conocen como acoso laboral por la promulgación de la Ley 1010 de 2006.

Ley 1010 de 2006: El objetivo de la Ley 1010 de 2006 es definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato y todo tipo de vejámenes que atenten contra la dignidad humana del trabajador, por otra parte, la ley establece en el artículo 2 las modalidades de acoso laboral, entre ellas podemos encontrar:

Maltrato laboral: lo define como toda agresión física, verbal que atente contra la dignidad del trabajador, un ambiente sano y digno.

Persecución laboral: toda agresión reiterada que tenga como propósito entorpecer el buen desarrollo de la actividad laboral con el fin de desmotivar al trabajador e inducirlo a la renuncia.

Discriminación laboral: todo trato diferenciado por razones de raza, género, edad, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social sin ningún sustento laboral o legal.

Entorpecimiento laboral: busca obstaculizar el buen desempeño del trabajador con el fin de perjudicarlo.

Inequidad laboral: asignación de funciones a desprecio de la capacidad laboral del trabajador.

Desprotección laboral: todo acto que conlleve a poner en peligro la integridad del trabajador o asignación de funciones peligrosas sin los elementos de cuidado suministrados por el empleador o en su defecto sin la afiliación a salud o riesgos laborales que le corresponde. (Congreso de la República, 2006)

En los artículos 3 y 4 de la Ley 1010 de 2006 se establece cuáles son los atenuantes y agravantes de la conducta de acoso laboral, como atenuantes encontramos “un precedente de buena conducta, intentar

mitigar las consecuencias del hecho, aunque no sea de forma total, cuando se presente provocación por parte del superior, compañero o subalterno”. En los agravantes de la conducta tenemos cuando “presente denuncias de acoso reiteradas, cuando se amplía el daño ocasionado al acosado, realizar el hecho por encargo o promesa de remuneración, aprovecharse del cargo o posición que ocupa para ejercer presión entre otras”. Las graduaciones de las conductas de acoso están sujetas a lo establecido el Código Único Disciplinario. La ley 1010 de 2006 también estipuló en el artículo 7 las conductas que constituyen acoso laboral, entre ellas encontramos:

- La agresión física.
- Expresiones verbales injuriosas que atenten contra la dignidad del trabajador y sus familiares.
- Comentarios hostiles en presencia del trabajador o en presencia del grupo de trabajo.
- Amenazas de despido injustificadas ante los compañeros de trabajo.
- Denuncias reiteradas del sujeto activo del acoso cuya temeridad quede en constancia en el proceso disciplinario.
- Burlas por apariencia física o vestimenta.
- Mención en público de la vida privada del trabajador.
- Asignación de tareas que están por fuera de las obligaciones laborales y exigir el cumplimiento de la labor encomendada de forma desproporcionada.
- Exigencia del cumplimiento de las funciones fuera del horario laboral y continuamente en dominicales y festivos sin razón aparente.
- Trato discriminatorio en comparación con los demás compañeros de trabajo.
- Negar u obstaculizar información para el desempeño de las funciones como a su vez negar permisos, licencias y vacaciones sin justificación aparente.

- Envío de llamadas, mensajes, correos injuriosos, ofensivos o intimidatorios. (Congreso de la República , 2006)

De esta misma manera la Ley 1010 de 2006 establece en su artículo 8 las acciones que no constituyen acoso laboral, entre ellas encontramos:

- Dar órdenes tendientes a exigir comportamientos con el fin de mantener el orden y un ambiente digno de trabajo.
- Ejercer el poder legal que le corresponde a los superiores jerárquicos ante sus subordinados.
- Exigir determinado comportamiento en aras de mantener la fidelidad laboral como también la aplicación de amonestaciones por negligencia o conducta inapropiada por parte del trabajador.
- Solicitar colaboración de trabajo extra para resolver una crisis o situación en la institución o la empresa.
- Actuaciones administrativas encaminadas en dar por terminado un contrato de trabajo bajo la justa causa, entre otras. (Congreso de la República , 2006)

La Ley 1010 de 2006 aparte de regular los actos constitutivos de acoso laboral o no, incluyó mecanismos de prevención del *mobbing* que consisten en que las empresas o instituciones actualicen su manual de trabajo acorde a esta normatividad, de igual modo, deben crear un sistema interno para lidiar con este tipo de quejas. En el artículo 9 de la ley en mención encontramos las medidas preventivas y correctivas del acoso laboral, además se estipuló que:

El trabajador podrá acudir ante el inspector de trabajo, inspectores de policía, personeros municipales o defensoría del pueblo, el empleador será notificado y deberá poner en marcha capacitaciones de prevención entre los empleados de la empresa. La no aplicación del régimen de prevención y capacitación en contra del *mobbing* da por entendido que la empresa o institución es tolerante del mismo. (Congreso de la República, 2006)

En el régimen sancionatorio estipulado en el artículo 10 de la Ley 1010 de 2006 encontramos que el legislador estableció las siguientes sanciones para el acosador sancionado, tales como:

La terminación del contrato sin justa causa, sanción pecuniaria de hasta 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) para la persona que realice la conducta y de 10 SMLMV para el empleador que lo tolere; además de que el acosador sancionado queda obligado a cubrir el 50% de los costos médicos y demás que incurra la empresa prestadora de salud o la empresa aseguradora de riesgos laborales por causa del deterioro de salud de la víctima sometida al acoso. (Congreso de la República, 2006)

El legislador en aras de prevenir retaliaciones en contra del trabajador estipuló un régimen para ello, el cual se encuentra en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, el régimen consiste en la:

Conformación de un fuero laboral en el cual el empleador no podrá terminar unilateralmente el contrato por 6 meses siempre y cuando la autoridad competente corrobore los hechos invocados en la queja, petición o denuncia. La autoridad estatal que tendrá prevalencia en el caso que se denuncie ante un órgano gubernamental será el ministerio público, siempre y cuando los hechos no sean cometidos con los empleados de la rama judicial. Quedan en vigencia todos los acuerdos a los que lleguen las convenciones y pactos colectivos de la empresa o entidad (Congreso de la República, 2006)

Cuando la queja presentada sea temeraria, es decir, que carezca de todo fundamento y coherencia a consideración de la autoridad competente que lleve el caso:

El quejoso será sancionado con una multa que oscilará entre medio y tres SMLMV. Pese a que Colombia sea uno de los primeros países en tener una normatividad específica en acoso laboral los precedentes judiciales en el tema son muy escasos y los pocos que existen presentan la contradicción que no se resuelven como *mobbing* si no en protección de derechos constitucionales. (Congreso de la República, 2006)

Procedimiento Institucional

La Ley 1010 de 2006 establece un término para que todas las empresas o entidades regulen el reglamento interno de trabajo con las especificaciones que la ley trae, por lo anterior, cuando se presenta una situación de acoso laboral, el acosado debe acudir ante el Comité de Convivencia Laboral y exponer el caso. Una vez la queja es radicada ante la autoridad competente esta le da trámite según lo establecido en el reglamento interno, el cual varía en cada empresa o entidad. Los lineamientos generales de este es que debe ser en confidencialidad, evitando que del suceso surjan más conflictos, se concilia y se separan los focos de conflicto, es decir, no trabajan en las mismas áreas de ser posible.

Acudir ante la autoridad interna competente como lo es el Comité de Convivencia laboral no le niega la posibilidad al trabajador de acudir a las autoridades estatales, como el Ministerio de Trabajo, Personería, Defensoría del Pueblo, Procuraduría, para los empleados públicos entre otras. Cuando la conciliación fracasa el comité debe enviar el expediente a la autoridad competente o en su defecto el acosado puede acudir ante la jurisdicción laboral a dirimir el conflicto a través de una demanda laboral, en estos casos puede encontrarse con dificultades que se tratan a continuación.

Falencias de acceso a la justicia por acoso laboral

Para el desarrollo temático de la investigación téngase como acceso a la justicia la posibilidad de acceder a todo mecanismo que prevenga o evite el acoso laboral, no entendido como la exposición del caso ante los jueces; poder acceder a la justicia es un derecho fundamental consagrado en el artículo 29 y 229 de la Constitución Política. La Ley 1010 de 2006 obliga a las empresas a que en un término de 3 meses a partir de la expedición de la norma los reglamentos internos deben estar acorde con la nueva legislación, en el tema de acoso laboral, también se encuentra la resolución 2646 de 2008 del Ministerio de Protección Social que en su artículo 14 versa la creación del Comité de Convivencia laboral, cuya función es prevenir y atender las quejas de acoso laboral de forma confidencial, con el fin de llegar a un acuerdo entre las partes.

En el caso de que no se llegue a acuerdo entre las partes el procedimiento depende si la empresa es privada o pública, cuando esta sea pública el Comité de Convivencia Laboral debe reportar ante la procuraduría el caso para que esta investigue; cuando la entidad es privada el comité debe cerrar el caso y el trabajador podrá acudir ante la justicia ordinaria laboral. Al respecto, la persona que es víctima tiene el derecho de acudir ante la autoridad para proteger las condiciones dignas de trabajo de la manera más efectiva, en las empresas es el Comité de Convivencia laboral que debe aplicar de inmediato lo establecido en el reglamento interno. Según Camacho, Morale, & Güiza (2014) las principales barreras para acceder a la justicia son las que a continuación se expresan.

Temor a denunciar, dificultad probatoria y el tiempo

El temor a denunciar el *mobbing* es debido a que este hecho puede ocasionar la pérdida del trabajo, ante esta posibilidad son muchas las personas que prefieren aguantar el acoso, con el fin de conservar el empleo, pese a que ante la denuncia de acoso laboral se da un fuero como el de maternidad por un tiempo de seis meses, la preocupación de este fuero es que se da cuando la autoridad competente compruebe los hechos, en el caso de que no se llegue a comprobar por falta de material probatorio la queja es archivada y no se configura el fuero, por lo tanto el empleado queda sujeto a la voluntad del superior que puede terminar en despido. En principio, la conformación del comité laboral se convirtió en una barrera para acceder a la justicia, puesto que este comité estaba conformado por delegados del empleador o en su mayoría por trabajadores de confianza y manejo, en estos casos era muy difícil obtener imparcialidad, pues los integrantes del comité por temor podrían manejar el tema a conveniencia del empleador.

Para acabar con la imparcialidad en el Comité de Convivencia Laboral el Ministerio del Trabajo expidió el Decreto 1356 de 2012, en el cual se establece cómo debe estar conformado el comité, es decir, debe estar integrado por dos representantes del empleador y dos representantes de los trabajadores escogidos por mayoría de votos, el número de integrantes del comité puede ser superior si así lo acuerdan las partes (empleador y trabajadores), en caso de que la empresa no supere los veinte trabajadores el comité puede estar conformado por un representante de

cada uno. Siguiendo con la queja, el material probatorio es fundamental, ya se mencionó que se necesita para poder configurar el fuero y probar la veracidad del hecho, sin embargo, tener material probatorio de esto es difícil para el trabajador, debido a que el acoso es silencioso y por lo general se da cuando los involucrados se encuentran solos, ante esto, los efectos pueden ser contradictorios al trabajador si no se logra probar el hecho.

Además, en la etapa probatoria cuando la querrela es ante una autoridad administrativa como lo es el Ministerio del Trabajo, se solicitan testimonios y en ello se observan dos situaciones: los testigos que se encuentran laborando en la empresa no quieren serlo por temor a la pérdida del empleo y los que están dispuestos a hacerlo no se encuentran vinculados con el empleador, lo que deja con una carga probatoria ineficiente al empleado. En cuanto al material probatorio como videos o grabaciones no son tenidos en cuenta por la sencilla razón de que fueron obtenidos sin el consentimiento del empleador, lo que violaría el derecho al debido proceso, y de esta manera se dificulta el acceso a la justicia. En cuanto al tiempo, entre la denuncia y la decisión de la autoridad competente puede pasar mucho tiempo y debido a que la denuncia, pese a su discrecionalidad, es un tema que oscurece el ambiente laboral (pues afecta tanto física como mentalmente al trabajador), en la mayoría de los casos prefieren renunciar.

Desconocimiento de la norma y requisito de procedibilidad

La Ley 1010 de 2006 establece los comportamientos que son constitutivos de acoso laboral, en el ambiente laboral existe una fina línea entre el abuso de autoridad y el acoso laboral, es decir, los trabajadores aceptan el hostigamiento (entiéndase este como malos tratos, gritos, presiones, insultos) por parte de sus superiores o compañeros de trabajo, pues este ambiente laboral lo han hecho parecer normal bajo la excusa de maximizar la productividad. Si el trabajador desconoce cuáles son las conductas que son constitutivas de acoso, surge el interrogante: ¿Qué denuncia? Al final, este termina soportando la conducta sin usar los mecanismos a su disposición para proteger su integridad física y mental, por lo tanto, es de vital importancia que el trabajador conozca la normatividad y pueda usarla a su favor.

Perspectiva del acoso laboral antes y después de la Ley 1010 de 2006

Antes de la ley 1010 de 2006

Antes de la Ley 1010 de 2006 en el ordenamiento colombiano no existía una norma que regulara el tema en cuestión, sin embargo, este hecho no quiere decir que el acoso laboral no haya sido tratado con anterioridad, se hacía con los mecanismos tradicionales y con fundamento en lo establecido en El Código Sustantivo de Trabajo. En el Congreso de la República (1951) encontramos en su artículo 57 numeral 5 referente a la dignidad del trabajador, artículo 59, trato digno, transgredir lo que versa estos artículos sería hoy en día acoso laboral, sin embargo ¿qué sucedía cuando la eventualidad es proveniente de un compañero de trabajo? Hay un vacío normativo, la decisión quedaba a discrecionalidad del empleador, si retiraba al acosador del cargo o disponía trasladar al acosado.

Recurriendo al mismo código encontramos que entre las causas justas de despido del empleador ante el trabajador acosador se encuentra la violencia, malos tratos, injurias o violaciones al manual interno de trabajo (Congreso de la República, 1951). Antes de la expedición de la Ley 1010 de 2006 toda la normatividad laboral giraba con base a fundamentos constitucionales, a partir de 1991 con el cambio de Colombia a un Estado social de derecho se tomó como pilar la dignidad humana.

Con el fin de estar acorde con la Constitución, todas las normas laborales regían a través de esta, por lo que, según Fernández & Muñoz (2015) los hechos que hoy en día se pueden encasillar como acoso laboral antes de la ley 1010 los hechos se juzgaban como violatorios de la dignidad ya sea como principio o como derecho. Fernández & Muñoz (2015) hacen un estudio de la jurisprudencia antes de la norma de acoso laboral, se encuentra que según lo estipulado en la Sentencia T-059 de 1995:

Cuando un trabajador de forma no justificada no recibe el aumento en la remuneración, aun cuando sus semejantes si lo hicieron, teniendo en cuenta que la remuneración y las condiciones de trabajo van en conexidad con la igualdad, no realizar el aumento en forma general es un ataque directo a la dignidad del trabajador, por lo tanto, es un hecho reprochable que debe ser remediado. (Corte Constitucional, 1995)

En otro caso establecido en la Sentencia C-478 de 1998 el trabajador se vio obligado a renunciar porque no le permitían ingresar a laborar a la empresa, y cuando este podía acceder no le eran asignadas ninguna función, se estudia la figura del despido indirecto y la Corte concluye que los hechos que acaecen en el caso son hostigamiento y son violatorios del trato digno al trabajador. Ambos casos analizados por Fernández y Muñoz (2015) están incluidos actualmente como acoso laboral, sin embargo, fueron tratados por La Corte Constitucional por la falta de normatividad al respecto, con un mecanismo más tradicional del derecho.

La Corte Constitucional trató en la Sentencia T-037/1995 el hecho de un estudiante de la escuela militar quien era atacado por sus compañeros debido a su inclinación homosexual, la Corte concluye que, por parte del actor, compañeros y la institución misma propiciaron actos de irrespeto y se inclinaron hacia la sanción, mas no a tratar el hecho como violatorio de la dignidad humana.

En otro caso más polémico (CSJ Penal, 18 oct. 2008, A. Gómez. Rad. 26157) la trabajadora era asediada por el empleador, actos como instalaciones de cámaras en los baños, arrinconamientos para tocarla, entre otros, que fueron la causa de la renuncia de la trabajadora. Debido a la gravedad de la violación de los derechos de la trabajadora tubo connotaciones penales, se le imputó al acusado violación de habitación ajena por tratarse del lugar del trabajo. Con la expedición de la Ley 1010 de 2006 se reguló un el acoso sexual que no estaba contemplado en el código sustantivo del trabajo, pues solo existía la prohibición de pasar los límites de la dignidad del trabajador y un trato digno, connotación muy amplia para el caso de las agresiones sexuales que son posibles en el ambiente laboral, con bastante dificultad probatoria pero posibles.

Después de la Ley 1010 de 2006

Con la expedición de la Ley 1010 de 2006 los jueces cuentan con un soporte normativo en el tema, sin embargo, la realidad en los casos de acoso laboral no cuentan con un apoyo de fondo basado en esta norma, se protegen los derechos del trabajador utilizando como centro la dignidad humana, y la norma para el estudio del caso, pero las sentencias se argumentan con base a la Constitución. No obstante, después de la entrada en vigencia de la norma, la corte concluye que ciertos comportamientos o

circunstancias en el ámbito laboral no constituyen *mobbing*, un ejemplo de ello es el sobrecargo de tareas en la rama judicial, es el desarrollo de la actividad en general que se encuentra en estas circunstancias, sin embargo, más allá del ambiente de la rama judicial puede ocurrir el caso en particular que esté por encima del exceso trabajo normal de la rama, en estos términos si sería acoso laboral.

En cuanto a las exigencias, insultos y presiones laborales la corte también manifestó que estos comportamientos no son constitutivos de acoso laboral, debido a que este comportamiento debe ser un ataque directo contra la dignidad del trabajador y su entorno, además como ya se había mencionado anteriormente el acoso laboral debe ser reiterado (CE Contencioso Administrativo, 19 ago. 2010, H. Bastidas. Rdo. 01304-01). Según Fernández y Muñoz (2015) la jurisprudencia ha dejado de lado el acoso laboral, puesto que, en reiteradas ocasiones la corte trata el tema de manera tradicional y resuelve amparando los derechos a tener y desempeñar un trabajo en condiciones dignas. Los casos que han llegado a las altas cortes como acoso laboral no se fundamentan en la norma que busca prevenir y evitar el acoso laboral, sino en derechos generales, surge la pregunta: ¿Qué tan eficiente es la Ley 1010 de 2006 que busca prevenir y evitar el acoso laboral?

La conciliación en la Ley 1010 de 2006

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflicto con el fin de que el problema entre las partes no llegue a los estrados judiciales y así cooperar con la descongestión del sistema. En Colombia esta funciona como requisito de procedibilidad judicial, sin embargo, llegar a conciliar no es imperativo. La conciliación hace parte fundamental de la Ley 1010 de 2006, pone fin al hecho que genera el caso de acoso, evita los daños psicológicos a los que se expone el trabajador y se recupera un ambiente laboral sano.

El problema es que se utilice la conciliación como requisito de procedibilidad y no como mecanismo de resolución de conflicto. Cuando la conciliación es utilizada como requisito de procedibilidad se puede presentar que las partes se ausenten, o si se presentan no tienen una actitud conciliadora por lo tanto la diligencia está destinada a fracasar desde el

comienzo. El caso llega a los estrados judiciales y este se encuentra con la problemática del acervo probatorio o la decisión alejada del concepto de acoso laboral.

Conclusión

Se ha logrado analizar que, en cuanto a la jurisprudencia del acoso laboral, se puede afirmar que hay muy poca manifestación de la Corte con respecto al *mobbing*, y sobre los casos que son resueltos, los fundamentos no obedecen a la Ley 1010 de 2006, se basa en derechos fundamentales y laborales como trato digno, lugar de trabajo digno, derecho al buen nombre, a la no discriminación, entre otros. La Ley 1010 de 2006 es eficaz en cuanto a los mecanismos de prevención y capacitación de los trabajadores, les enseña a los trabajadores cuáles son sus mecanismos de defensa y ante quien deben acudir cuando el *mobbing* se presente, sin embargo, una vez que la prevención no sea suficiente y se concrete el acoso, la ley no es eficiente, tiene falencias como lo es el medio probatorio.

El fuero laboral para la no terminación unilateral del contrato es de difícil constitución, debido a la dificultad probatoria, el fuero no se constituye hasta tanto no se corroboren los hechos y si no se corroboran el trabajador queda desprotegido. Se necesita que la jurisprudencia sienta bases con casos en concreto resueltos con la normatividad del acoso laboral, se entiende que los derechos constitucionales y laborales son tradicionales, pero también se debe entender que el derecho es una ciencia que evoluciona con la sociedad por ende sus conceptos.

Referencias

- Camacho, A. (S.F). Acoso laboral en el panorama colombiano, aspectos legales y jurisprudenciales. Colombia.
- Cabrera, L. (01 de abril de 2018). *Vlex*. <https://2019-vlex-com.ezproxy.cesar.edu.co:2443/#search/jurisdiction:CO/colombia+como+estado+social+de+derecho/WW/vid/741682825>
- Camacho, A., Morale, E., & Güiza, L. (2014). Barreras al acceso a la justicia en el acoso laboral. Bogotá.

- Carvajal, J., & Davila, C. (2013). *Mobbing o Acoso Laboral. Revision del Tema en Colombia*. Bogotá.
- Congreso de la República. (23 de 01 de 2006). Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. *Ley 1010 de 2006*. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (07 de junio de 1951). Código Sustantivo del Trabajo. Bogotá.
- Congreso de La Republica. (1991). Constitución Política de Colombia, art. 25.
- Congreso de la República. (23 de 01 de 2006). El acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. *Ley 1010 de 2006*. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (06 de Febrero de 1995). *Corte Constitucional*. Obtenido de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-037-95.htm
- Deobold, V. D., & J Meyer, W. (1983). *Manual de técnicas de la Investigación*. Mexico DC: Peidos.
- Fernandez, L., & Muñoz, A. (2015). *Vlex*. Obtenido de <https://2019-vlex-com.ezproxy.cecar.edu.co:2443/#search/jurisdiction:CO/acoso+laboral+colombia/WW/vid/592938830>
- Garcia, M., Moreno, J., Rivera, J., Fragozo, M., & Murillo, L. (2014). Cartilla “Acoso Laboral En Colombia” repostery.ces.edu.co/bitstream/10946/2013/1/Acoso_laboral_Colombia.pdf
- Garcia-Allen, J. (s.f.). *Psicología y Mente*. Obtenido de <https://psicologiaymente.com/organizaciones/mobbing-acoso-psicologico-trabajo>
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2006). *Metodología de la investigación* (4ta ed.). Mexico: Atlas.
- Peña, E. (2016). El acoso laboral en Colombia: tratamiento normativo de la conducta . <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/13793/4/ACOSO%20LABORAL%20EN%20COLOMBIA.pdf>
- Robira, I. (s.f.). *Psicología y Mente*. Obtenido de <https://psicologiaymente.com/social/tipos-de-acoso>

José Márquez Vergara, María Rosa Barbosa,
Berónica Narváez Mercado

Uribe, J. (2011). *Violencia y Acoso en el trabajo o Mobbing*. Mexico: El Manual Moderno.

Capítulo 9



Vicisitudes de los traslados de regímenes pensionales en Colombia

Juan Miguel Mercado Toledo¹
Mónica Marcela Mendoza Humánez²

Resumen

La expedición de la Ley 100 de 1993 le dio un giro, podría decirse así, al sistema de pensiones en Colombia, debido a que permitió poner en práctica el importante principio de la Seguridad Social de brindar a las personas la posibilidad de poder decidir entre los dos subsistemas de régimen de pensión que esta ley había traído consigo, como lo son el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), permitiendo a las personas analizar los requisitos de cada uno de estos subsistemas y así escoger acorde a lo que querían y fuera más beneficioso para su futuro. Igualmente, esta misma ley se fue perfeccionando gracias a varios decretos expedidos por el Gobierno nacional, los cuales también abarcan requisitos para los diversos tipos de traslados.

Palabras clave: ley, seguridad social, subsistemas de regímenes de pensión, traslado, Gobierno Nacional

1 Magíster en Derecho con Énfasis en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad del Rosario y Abogado. Docente y Coordinador de Área Laboral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de CECAR. Miembro del Grupo de Investigación GIS CER. Correo electrónico: Juan.mercadot@cecar.edu.co

2 Magíster en Derecho con Énfasis en Derecho del Trabajo. Abogada. Docente de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Correo electrónico: monica.mendoza@cecar.com.

Abstract

The issuance of Law 100 of 1993 gave a twist, it could be said, the pension system in Colombia, because of what is put into practice, the principle of social security of people the possibility of being able to decide between two subsystems of pension scheme that this law had brought with it, as well as in the Individual Savings Regime with Solidarity (RIS) and the Medium Premium Regime with Defined Benefit (RPMPD), along with the people the requirements are detailed of each of these subsystems and thus choose a chord to what is consulted and be more beneficial to their future. Also this same law was perfected thanks to several decrees issued by the National Government, which also cover the requirements for the various types of transfers.

Keywords: Law, social security, subsystems of pension schemes, transfer, National Government

Introducción

Con el paso del tiempo en Colombia y en otros países se han ido perfeccionando relevantes temas jurídicos en el campo laboral, económico y político, introduciendo así nuevas figuras jurídicas en lo que respecta al tema de la seguridad social de los trabajadores en Colombia. Anteriormente se tenía un Sistema General de Pensiones en el que los hombres y mujeres, para acceder a la pensión de vejez y jubilación, debían cumplir una serie de requisitos, como cumplir una determinada edad, semanas mínimas cotizadas. Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se introdujeron dos regímenes de pensión con el fin de que los hombres y mujeres se afiliaran al régimen que más le parecía beneficioso, claramente, analizando cada una de las prerrogativas que los regímenes implementados contienen.

Las dos figuras jurídicas o los dos subsistemas pensionales introducidos con la Ley 100 de 1993 reciben el nombre de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) el cual está basado en el ahorro de las personas individualmente; por otro lado, se encuentra el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) el cual buscaba mantener la forma de adquisición de la pensión de vejez, al igual que antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley. Cada uno de los regímenes tiene características propias y diferentes. El RPMPD es definido por el artículo 33 de la ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

Aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes o una indemnización, previamente definidas”. El RAIS que igualmente es definida por la ley mencionada, como “el basado del ahorro proveniente de las cotizaciones y de sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad. (Congreso de la República, 1993).

Por otro lado, la Ley 100 de 1993 tiene varias modificaciones con la Ley 797 de 1993, pero ambas empeñadas en hacer saber el principio rector de la seguridad social, el cual es la libre selección del régimen pensional; entonces, dependiendo del régimen que se decidan los afiliados así será la prestación económica; es así que la ley de Seguridad Social y la Constitución Nacional señalan que los afiliados se pueden trasladar, cumpliendo unos

requisitos que dependen de la situación del caso en concreto, uno de tales requisitos es no estar próximos a la adquisición del derecho de pensión de vejez o de jubilación, lo cual está consagrado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual básicamente expresa que los afiliados pueden escoger el régimen de pensiones y estos podrán trasladarse una vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial y luego de que pase un año de la entrada en vigencia de la ley no podrán trasladarse quienes les falten diez años o menos para adquirir la pensión de vejez.

La investigación se centrará en indagar sobre los traslados propiamente dichos, “falsos traslados” o “traslados frustrados” y las multivinculaciones o multifiliaciones. El primero de estos se refiere al traslado de un afiliado entre uno y otro subsistema pensionales acogiendo a las consecuencias jurídicas; el segundo es un aparente y verdadero traslado, pero que estudiando el origen se puede deducir que nunca hubo traslado y se determina a qué subsistema está perteneciendo; y en el tercero, se debe analizar cada caso en concreto, es por eso que recibe el nombre de casos complejos, porque debido al caso particular se determinará si hubo o no traslado.

Los regímenes pensionales y su afiliación

Colombia, como muchos otros países han introducido cambios en sus sistemas pensionales siendo Chile el país que lidera la lista en América Latina, generando interés a otros países latinoamericanos y que con el paso del tiempo han implementado sistemas pensionales parecidos al chileno inmiscuyéndose con la administración privada, mientras que Colombia y Perú permitieron la subsistencia de los modelos pensionales tanto públicos como privados (Mesa, 2014).

Con base a los tantos problemas financieros y administrativos que se estaban presentando en Colombia y que afectaban la estabilidad del sistema pensional, se decidió crear un sistema que recibe el nombre de “mixto” que contiene los regímenes pensionales, es decir, el Régimen de Prima Media por Prestación Definido y el Régimen de Ahorro Individual de Solidaridad, ambos con diferentes requisitos para la obtención de vejez o de jubilación.

El objetivo de la Ley 100 de 1993 era abolir el sistema público y permitir la creación de uno privado, pero no se dio, pese a que el RAIS fue adoptado por Colombia, no dejó de existir el sistema público. De igual importancia, esta reforma al sistema de pensional trajo modificaciones en el sistema público con el fin de obtener equidad entre ambos sistemas.

Siguiendo el modelo planteado por Chile en 1981, el modelo de ahorro individual pasó a ser una AFP (Fondos Privados de Pensión), los cuales ofrecen una visión de pensión acorde a lo que hayan ahorrado los afiliados. Las características de estos fondos de pensión se alejan de la RAIS y RPMPD, puesto que en la AFP no es necesario llegar a cierta edad o cotizar semanas mínimas para acceder a la pensión, este fondo se muestra como un mecanismo para que los afiliados planeen su pensión, es decir, ellos mismos las financian (Arenas, 2006).

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida anteriormente estaba dirigida por el Instituto de Seguros Sociales en Colombia en el año 1967, hasta que, finalmente, fue dirigido por Colpensiones acorde a la Ley 1151 de 2007. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se generaron varias problemáticas, las cuales son manifestadas bajo un interrogante: ¿Qué hacer con todas aquellas personas que habiendo realizado aportes a los sistemas hasta el momento vigente o que habían acumulado tiempo de servicios y estaban a punto de cumplir los requisitos para pensionarse?

Y es aquí en donde se empieza a originar el régimen de transición, debido a que todos estos cambios trajeron situaciones desfavorables a las personas que estaban esperando poco tiempo para que se le reconociera el derecho de pensión de vejez o de jubilación. Es, entonces, esta situación la que impulsa al surgimiento de esta nueva figura jurídica, la cual actualmente se encuentra legalmente amparada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dicho régimen es de carácter temporal, ya que solo amparará a los afiliados que al momento de entrar en vigencia la ley mencionada tengan 35 años de edad en el caso de las mujeres y 40 años de edad en el caso de los hombre; o quienes tengan 15 años o más de servicios cotizados.

Jurisprudencias y doctrinantes apoyan ampliamente este mecanismo de transición en cuanto a los regímenes, ya que tienen en cuenta el tiempo, las expectativas y la confianza que depositaron los hombres y mujeres al momento de la afiliación. Por tanto, quienes gozan de este régimen tienen

derecho a pensionarse con las normas que en el momento de su afiliación regían el sistema de pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (Calderón, 2014).

Algunas de las características generales del régimen de transición son: demostrar haber estado afiliado a un sistema de pensión antes del 1° de abril de 1994 —que era la fecha estimada para entrar en vigencia la ley 100 de 1993— y el régimen solo se aplica para adquirir la pensión de vejez y jubilación. Actualmente la Ley 100 de 1993 está modificada por la Ley 797 de 2003 y una de las varias modificaciones es el aumento en la edad de los afiliados, para mujeres es de 57 años de edad y para los hombres 62 años de edad; las semanas mínimas cotizadas pasaron de ser de 1000 a 1300 semanas, todo esto para acceder a la pensión, sin contar con los requisitos establecidos por cada uno de los subsistemas. Igualmente, la Ley 797 de 2003 da la posibilidad a los afiliados de ambos subsistemas de regímenes de pensión trasladarse de uno a otro, siempre y cuando se cumplan los requisitos que estos exijan, así lo contempla en su artículo 2. La ley permite esto para que los afiliados sopesen los beneficios de cada uno de los subsistemas y se trasladen o se queden donde más les convenga.

Por otra parte, según un estudio llamado “pensión familiar”, realizado por Sara Gómez Arias y Susana Carolina Gómez Arias, hacen hincapié sobre las causas que conllevan a hacer los traslados de un régimen a otro; esto es, si un afiliado se traslada del RPMPD al RAIS se le exigirá un bono pensional; y cuando se traslade del RAIS al RPMPD lo que se hará será la transferencia de todos los ahorros a su cuenta individual más los rendimientos (Gómez & Gómez, 2013).

Finalmente, el régimen de transición fue modificado por el acto legislativo 01 de 2005 y se limitó el tiempo de duración de éste hasta el 31 de julio de 2010, a excepción de los afiliados que tengan 750 semanas o más en el tiempo de servicio cuando entró en vigencia dicho acto legislativo, es por esta razón que se extendió hasta 2014. Con este mismo decreto se eliminaron todos los regímenes pensionales a excepción los de la fuerza pública y la presidencia de la república. De este modo, como se ha podido apreciar, el sistema pensional colombiano se ha enfrentado a grandes cambios en las últimas décadas, primeramente, con la Ley 100 de 1993, luego con la Ley 797 de 2003 y por último con el acto legislativo 01 de 2005.

Clases de traslados de regímenes pensionales–Simple traslados de régimen pensional

Esta figura jurídica se encuentra definida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 quedando de la siguiente manera:

Artículo 2°. Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones. (...) e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. (Congreso de la República, 1993)

Son pocos los análisis profundos que se le han hecho a esta figura, cuando se habla de esta característica del sistema pensional simplemente se limita a transcribir el artículo como lo expresa la Ley 100 de 1993, tal como lo dice Rodríguez (2014): sobre la parte final de este literal recayó la Sentencia C-1024 de 20 de octubre de 2004, que lo declaró exequible bajo el entendido que las personas que reúnan las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al Régimen de Prima de Ahorro Individual con Solidaridad no se hayan regresado al de Prima Media con Prestación Definida, pueden regresar a este en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la Sentencia C-789 de 2002.

Plazas y Plazas hacen una importante distinción de los dos regímenes: ambos regímenes tienen las siguientes características comunes: 1) Libertad de selección: Los afiliados podrán escoger libremente la A.F.P. de su preferencia. 2) Selección temporal: En ambos regímenes el afiliado tiene

la libertad para trasladarse. Si quiere cambiar de régimen lo puede hacer después de una permanencia mínima de 3 años en cada uno (Plazas G. & Plazas M., 2000).

Para poder acceder al traslado se deben cumplir dos requisitos esenciales, el primero de ellos es haber acreditado por lo menos cinco años del régimen del cual pretende hacer el traslado y se requiere que le falten más de diez años al momento de hacer el traslado. Como se había mencionado en el primer capítulo, la edad para las mujeres se aumentó a 57 años de edad y para los hombres a 62 años de edad, pero esto empezó a regir a partir del 1° de enero de 2014.

La Sentencia T- 427/2010 hace una precisa aclaración sobre el por qué se impide el traslado de los afiliados de un régimen a otro cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad que se requiere para obtener el derecho a la pensión de vejez. Así, la Corte Constitucional (2010) señala:

Esta Corte determinó que el impedir el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, obedece a la finalidad constitucional de evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y asegurar de este modo el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas.

De igual manera es necesario que los afiliados cumplan todos los requisitos simultáneamente para poder emprender el traslado, pero cabe resaltar que se debe estudiar cada caso en particular para determinar o no la procedencia del traslado. Por otra parte, las personas que cuentan con el régimen de transición pueden trasladarse en cualquier momento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Período Definido siempre y cuando tengan 15 años de servicios cotizados o más sin importar la edad, ya sean hombres o mujeres antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, conservando los beneficios obtenidos en el régimen de transición. Además, se debe tener en cuenta con base a la SU – 062 de 2010 que la Corte Constitucional expresa a diferencia de las otras cortes que las personas que no cumplan con el requisito de la equivalencia de aportes al momento de hacer el traslado se les debe dar un tiempo límite para que pueda cancelar el valor resultante de la diferencia.

Muchas corporaciones no están de acuerdo con este requisito de que tengan que pagar la diferencia que faltan para poder trasladarse de un régimen a otro. La corte suprema de justicia ha considerado en varias providencias que los beneficiarios del régimen de transición que se trasladaron al régimen de ahorro individual y después de un determinado tiempo deciden regresar al régimen de prima media pueden recuperar los beneficios del régimen de transición. Si antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, el 1° de abril de 1994 tenían 15 años o más de servicios cotizados, por lo tanto, no exigen la equivalencia de los aportes porque no ha sido establecido por la ley.

Por último, el magistrado ponente Iván Palacios en la Sentencia T-265/2012 concluyó que las personas que tuvieran 15 o más años de servicios cotizados antes del 1° de abril de 1994 pueden trasladarse de régimen en cualquier tiempo, sin importar la edad que tuvieran antes de regir, pero podrán regresarse al régimen de prima media la persona que se cambió de régimen y que solo cumplía el requisito de la edad y si así lo hiciera se pensionará con la normatividad de la Ley 100 de 1993. (Sentencia T-265 de 2012).

Pese a las grandes contradicciones que se encuentran en las jurisprudencias al respecto, la corte constitucional explica que las personas beneficiarias del régimen de transición por edad no podrán trasladarse de régimen cuando le falten 10 años de edad o menos para adquirir el derecho a la pensión (Corte Constitucional 2013).

De otro lado, el traslado por pensión familiar regulado por la Ley 1580 de 2012, establecido en el artículo 5°, el cual expresa lo siguiente

Artículo 5°. Traslado de Régimen de afiliados que les falten menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y opten por acceder a la pensión familiar. Las personas a las que a 1° de octubre de 2012, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y al solicitarla no logren obtenerla podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para obtener la pensión familiar, sin tener en

cuenta el término de permanencia mínima establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. (Congreso de la República, 1993)

Los cónyuges o compañeros permanentes que se encuentren afiliados en diferente régimen y pretendan obtener la pensión familiar expresarán su voluntad mediante el diligenciamiento y entrega del formulario de traslado que para el efecto establezca la Superintendencia Financiera de Colombia, a la Administradora en que se encuentre afiliado el cónyuge o compañero permanente que se va a trasladar, con la indicación de que la solicitud de traslado es para efectos de acceder a la pensión familiar. La Administradora del cónyuge o compañero permanente que se pretende trasladar, deberá radicar la solicitud de traslado ante la Administradora del otro cónyuge o compañero permanente, con la indicación de que el traslado es para efectos de acceder a la pensión familiar. La Administradora que recibe la solicitud de traslado deberá reportar a más tardar dentro de los ocho (8) días calendario del mes siguiente, la información correspondiente dependiendo del régimen del que se efectúa el traslado.

Tratándose del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media, la información como mínimo deberá contener: el saldo de recursos de la Cuenta de Ahorro Individual, incluidos los rendimientos y el porcentaje de cotización al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las semanas de cotización acumuladas por el afiliado y la historia laboral. Tratándose del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la información como mínimo deberá contener: las semanas de cotización acumuladas por el afiliado y las servidas en entidades del Estado. La Administradora del cónyuge o compañero permanente que se pretende trasladar, una vez cuente con toda la información de las diferentes entidades involucradas, determinará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes si los cónyuges o compañeros permanentes cumplen los requisitos para tener derecho a la pensión familiar.

En el evento en que se evidencie que los cónyuges no cumplen los requisitos para tener derecho a la pensión familiar, la Administradora rechazará la solicitud e informará dentro de los cinco (5) días siguientes tal decisión a la otra Administradora. En el evento en que se evidencie que los cónyuges o compañeros permanentes cumplen los requisitos para tener

derecho a la pensión familiar, la Administradora confirmará la solicitud de traslado a la otra Administradora para que esta apruebe la solicitud de traslado dentro de los cinco (5) días calendarios siguientes y procederá al giro de los recursos.

La Administradora tendrá como plazo máximo treinta (30) días calendario, contados desde la fecha de aprobación del traslado, para transferir los recursos y remitir toda la información que repose en la otra entidad, dejando expresa constancia de dicha transferencia, con el fin de cumplir lo establecido en el literal (a) del artículo 3° del presente decreto “para promover la reducción de trámites al ciudadano y eficiencia del sistema, las administradoras podrán desarrollar herramientas tecnológicas y de comunicaciones que les permitan el intercambio de información para agilizar el traslado para efectos de acceder a la pensión familiar” (Presidencia de la República, 2019), luego de haber cumplido y aceptado todos los trámites, podrá solicitar la pensión familiar.

La presente ley tiene como finalidad otorgarle una pensión de vejez a los cónyuges, compañero o compañera permanente en cualquiera de los subsistemas de los regímenes de pensión, teniendo en cuenta el tiempo cotizado o el capital ahorrado. Lo que permite esta ley es una excepción que hace el legislador a la regla general, ya que analizando la situación llegó a la deducción que muchos de las personas que optan por acceder a la pensión familiar no se encuentran en los mismos regímenes.

Traslado de período de gracia

Se encuentra regulado en el literal e de la Ley 100 de 1993 y fue modificado por la Ley 797 de 2003, el cual es reglamentado por el Decreto 3800 de 2003, cambiando requisitos para el traslado de los regímenes, evitando que las personas que les faltaren 10 años de edad o menos para adquirir el derecho a la pensión de vejez no podrá efectuar el traslado, sin embargo, se les dio la oportunidad de hacer el cambio de régimen un año después en la promulgación de la Ley 797 de 2003 para permitir el regreso al régimen de prima media con prestación definida. Quedando así el literal e:

Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. (Congreso de la República, 1993)

Traslado del periodo de gracia consagrado en el artículo 9° del Decreto-Ley 2090 de 2003, el cual tiene casi las mismas características del periodo de gracia señalado en la Ley 797 de 2003, con la diferencia de que el presente decreto-ley trata de pensiones especiales de vejez por personas que laboraron en actividades riesgosas y se les permite por una sola vez cambiarse de régimen, así les falten 10 años de edad o menos para poder acceder al derecho de pensión.

Clases de falsos traslados de regímenes pensionales

Como se expresó al principio de este escrito, esta es una clasificación que hace parte de las clases de traslados de los regímenes pensionales, los cuales se refieren a un aparente y verdadero traslado pero que estudiando detalladamente su origen se puede deducir que nunca hubo traslado y se determina en qué subsistema pensional está perteneciendo realmente, lo que hace que no tengan efectos las gestiones realizadas.

Nulidad y/o ineficacia

La ley de Seguridad Social en Colombia (Ley 100 de 1993) hace énfasis en su artículo 1° expresando la eficacia que deben brindar los subsistemas de regímenes pensionales a los afiliados que buscan beneficiarse con estos mecanismos. De igual importancia, la decisión de pertenecer a alguno de los dos regímenes debe ser voluntaria, sino fuere así ya se estaría en la presencia de una ineficacia o nulidad de traslado, lo cual para Cañon (2007) se presentan en las siguientes situaciones:

1. Por falta de afiliación: se presenta cuando una persona se traslada de régimen pensional cuando no ha suscrito ningún formulario que tenga constancia de una verdadera afiliación.

2. Por inexactitud en la afiliación: se está en presencia de esto cuando el supuesto afiliado presenta inexactitud en los requisitos esenciales, los cuales se evidencia cuando se observa y se detalla el formulario haciendo improcedente la gestión requerida. Así lo considera de artículo 2.2.2.1.8 del Decreto 1833 del 10 de noviembre de 2016, explicando de igual manera los requisitos que se deben tener en cuenta al momento de llevar los procesos de afiliación.

3. Por inducción al error al afiliado: en esta situación la responsabilidad está a cargo de cada una de las entidades en lo que respecta el brindar información precisa y detallada a los usuarios que pretendan vincularse con alguno de los regímenes de pensión, para que así gestionen una buena diligencia y obtengan los beneficios que se les ofrecen, de esta forma lo expide el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de acuerdo con el Decreto 3800 de 2003.

Por lo que si se presentan situaciones con las características descritas en el artículo 2.6.10.2.3 del estatuto mencionado anteriormente, la persona que estaba haciendo trámites de afiliación con la información que erróneamente le fue proporcionada lo habrán hecho incurrir en error, por lo tanto, se presenta la ineficacia y nulidad de la afiliación. Por otra parte, también se encuentra la improcedencia de traslado en pensiones compartidas, y se percata que todo se basa en el principio de la libre selección del régimen pensional, peor en este caso tratándose de las personas que son beneficiarias de las pensiones compartidas, a las cuales se les tiene prohibido legalmente el afiliarse o trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, así lo expresa el artículo 2.2.2.4.5 del Decreto 1833 de 2016:

Artículo 2.2.2.4.5 Cotizaciones erróneas, aportes sin vinculación, afiliaciones simultáneas, compatibilidad pensional.

(...) En virtud de la incompatibilidad de regímenes prevista en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, cuando un trabajador tenga derecho a una pensión compartida no podrá vincularse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). En consecuencia, el trabajador se entenderá vinculado al ISS y los

aportes efectuados en el RAIS se consideran como cotizaciones erróneas, las cuales deberán ser trasladadas al ISS en los términos del artículo 10 del Decreto 1161 de 1994. (Presidencia de la República, 1994)

Con la finalidad de las pensiones compartidas se pretendió que el empleador se liberara en parte o en su totalidad de la pensión de jubilación que se les es reconocida a los trabajadores, por los aportes que este, es decir, el empleador hizo mientras cumplía las obligaciones laborales estipuladas en el contrato. Ante lo cual, la Corte Suprema de Justicia–Sala de Casación Laboral en sentencia del 18 de septiembre de 2012 radicado 32951, señaló:

De otra parte, se ha entendido, desde los orígenes de la Ley 90 de 1946, que la finalidad de la compartibilidad pensional es la subrogación total o parcial de una obligación que estaba en cabeza del empleador, pero que, al reunirse los requisitos legales pertinentes, va siendo asumida por la entidad de seguridad social a la que se encuentren inscritos los empleadores y afiliados sus trabajadores. La misma ley solo fue reglamentada hasta 1985 por medio del artículo 5° del Acuerdo 029, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, que consagró esa posibilidad para los empleadores inscritos al ISS que a partir de la fecha de publicación del mismo otorgaran pensiones de jubilación reconocidas en convención, pacto, laudo arbitral o voluntariamente siempre que continuaran cotizando para los riesgos de IVM hasta el momento en que los afiliados cumplieran los requisitos exigidos por el Instituto dejando la obligación para esos empleadores de pagar el mayor valor frente a la pensión que venían reconociendo. Posteriormente, con el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, se hizo una consagración similar, agregándosele en el parágrafo de su artículo 18 que esa compartibilidad pensional no operaría cuando, en la convención, pacto, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se dispusiera expresamente esa no compartibilidad”.

De este modo, no está mal que se le limite el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debido a que quien hace los aportes de seguridad social al trabajador es el empleador, entonces, en tal sentido, se le obliga de alguna manera al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Traslado de cotización–traslado aparente

Hace referencia al traslado de una persona a una entidad administrativa de pensiones pero que nunca ha gestionado cotización alguna con dicha administración, ya que, así como el régimen en el que se encuentre la persona les brindan unas garantías no basta solo con estar afiliados, sino que esta haga sus respectivos aportes financieros.

Situaciones de multivinculación

Esta situación se presenta cuando una persona está afiliada y cotizando de manera simultánea en dos subsistemas pensionales o en dos administradoras del régimen individual; cabe resaltar que este concepto no hace parte del subsistema pensional. Estas situaciones legalmente no son posibles, pero si se daba el caso en el que el empleador desconocía a qué subsistema pertenecía y se gestionaban aportes a ambos regímenes. El Gobierno Nacional expidió tres decretos para darle solución a las diferentes problemáticas sobre el tema de las multivinculaciones; el primero de ellos fue el Decreto 692 de 1994, el cual entraría en vigencia el 30 de marzo del mismo año, expresando en su artículo 17 lo siguiente:

Múltiples vinculaciones. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria. Parágrafo. Las administradoras podrán establecer sistemas de control de multifiliación, sin perjuicio de la facultad de la Superintendencia Bancaria para

dirimir, en casos especiales, los conflictos que se originen por causa de las múltiples vinculaciones. (Presidencia de la República, 1994)

El segundo, Decreto 3800 de 2003, fue expedido con el fin de reglamentar la Ley 797 del mismo año, fue también utilizado para resolver las dificultades que se presentaron en la vigencia del decreto anteriormente mencionado, el cual tenía el tiempo limitado en la vida jurídica desde el 30 de diciembre de 2003 hasta el 16 de octubre de 2008, señalando el tema en juicio en el artículo 2° de la siguiente manera:

Artículo 2°. Casos de múltiple vinculación. En el evento en que las personas a que se refiere el artículo anterior se encuentren en situación de múltiple vinculación de régimen ante las administradoras del Sistema General de Pensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, deberán elegir el régimen al cual deseen estar vinculados.

Las personas a las que se refiere el artículo anterior, que no manifiesten su voluntad de afiliación de administradora o selección de régimen, se entenderán vinculadas a la entidad a la que se encontraran cotizando a 28 de enero de 2004 o a aquella que recibió la última cotización antes de dicha fecha. (Presidencia de la República, 1994)

Finalmente, el tercero, Decreto 3995 de 2008, pretendiéndose con este último resolver de manera definitiva todos los problemas sobre multifiliaciones que hasta la fecha del 31 de diciembre de 2007 se habían generado, teniendo en cuenta la voluntad de los cotizantes, quedando de la siguiente manera en su artículo 2°:

Artículo 2°. Afiliación válida en situaciones de múltiple vinculación. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003. Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La

vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.

Para definir a qué régimen pensional esta válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas:

Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto.

Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

Las reglas previstas en este artículo también aplicarán a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen. Una de las consecuencias de la multivinculación es que no es posible encuadrarlo dentro de las clases de traslados, de igual forma cuando se presenta una situación de acuerdo al tema tratado, se deducirá que nunca se entendió como un traslado a un fondo privado, sino que siempre estuvo afiliado al Instituto de Seguridad Social.

Por otro lado, con respecto a los beneficiarios del régimen de transición de esas personas que se encuentra en situación de multivinculación, la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público citado en el artículo “La multifiliación en el sistema de pensiones y sus efectos sobre el régimen de transición” (Granados, 2012) concluyó lo siguiente:

En tal sentido, si una persona que tiene derecho al régimen de transición se encuentra inmersa en un conflicto de multifiliación y dirimido este se queda a cargo del Instituto de Seguros Sociales ha de entenderse que no estuvo afiliado al régimen de ahorro individual por cuanto su afiliación no generó efectos jurídicos, y por tanto nunca se desvinculó del ISS y no perdió el régimen de transición.

Conclusión

En suma, de todo lo anteriormente expresado en el presente escrito se rescata la importancia que tienen los conceptos ampliamente claros para determinar los diferentes tipos de traslados que existen hoy en día y esos que muchas veces quieren incorporar al sistema general de pensiones, pero con lo contradictorio que, en contadas ocasiones, resulta no se pueden sumar a las clases que ya existen, como lo son las multifiliaciones, que como se dijo, no son propias del SGP.

Por otra parte, los relevantes aportes de los diferentes decretos mencionados en las páginas anteriores ayudaron en la regulación de la ley en juicio, con los cuales Colombia se vio en una ola de cambios a partir de la vigencia de estas nuevas normatividades, ayudando de alguna manera a todas esas personas que están en busca de beneficios para su futuro, sin desamparar a todos esos afiliados y afiliadas que antes del 1º de abril de 1994 pertenecían a un régimen distinto a los que la Ley 100 de 1994 trajo, insertando así el régimen de transición, que buscaba amparar los derechos adquiridos hasta la fecha de entrada en vigencia de la ley anteriormente mencionada.

Además, las explicaciones y definiciones de las diferentes clases de traslados de regímenes pensionales muestran los beneficios y consecuencias de las gestiones que se realizan al momento de querer hacer el cambio de régimen, por lo que de inmediato se hace énfasis en la nulidad que muchos de estos actos pueden tener, los cuales muchas veces son inducidos por la misma administradora de los diferentes subsistemas de regímenes pensionales los que hacen que se realicen actos erróneos, provocando así la ineficacia de afiliaciones y cotizaciones que hayan realizado las

personas. Finalmente, lo que se busca es que las personas puedan acceder a subsistemas de regímenes pensionales para que así sigan manteniendo u obtengan una mejor calidad de vida para su futuro.

Referencias

- Arenas, G. (2006). "El derecho colombiano de la seguridad social". Ed. Legis.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991) Constitución Política de Colombia (1991)
- Cañón, L. (2007). Una visión integral de la seguridad social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Congreso de la República (1993). Ley 100 de 1993
- Congreso de la República (2003). Ley 797 de 2003
- Congreso de la República (2007). Ley 1151 de 2007
- Congreso de la República (2012). Ley 1580 de 2012
- Corte Constitucional (2010). Sentencia T-427 de 2010.
- Corte Constitucional (2010). Sentencia SU-062 de 2010.
- Corte Constitucional (2012). Sentencia T-265 de 2012.
- Corte Suprema de Justicia (2012)–Sala de Casación Laboral. (18 de septiembre de 2012). Sentencia Radicado No.32951.
- Calderón, M. (2014). Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 71-97
- Fondo de pensiones. Obtenido de Historia de las AFP: <http://fondosdepensiones.webnode.es/historia-de-las-afp/>
- Gómez, S., & Gómez, S. (2013). "Pensión familiar". <https://repository.ea-fit.edu.co/bitstream/handle/10784/5237/PENSION%20FAMILIAR.pdf?sequence=2>
- Granados, J. (2012). La multifiliación en el sistema de pensiones y sus efectos sobre el régimen de transición. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, Ene-Feb (169), págs. 19-24.
- Plazas G., G., & Plazas M., G. (2000). La nueva seguridad social (6° ed.). Bogotá: Linotipia Bolívar.
- Presidencia de la República (2005) Acto Legislativo 01 de 2005.

Presidencia de la República (2003) Decreto 3800 de 2003

Presidencia de la República (2006) Decreto – Ley 2090 de 2006

Presidencia de la República (2006) Decreto 1833 de 2006

Presidencia de la República (1994) Decreto 692 de 1994

Presidencia de la República (2008) Decreto 3995 de 2008

Superintendencia Bancaria de Colombia (Hoy Superintendencia Financiera de Colombia). Circular Externa No.001 de 2004. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Mesa, C. (09 de febrero de 2014), Privatización y (re)reforma de las pensiones en América Latina. <http://www.condistintosacentos.com/privatizacion-y-rereforma-de-las-pensiones-en-america-latina/>

Rodriguez, M. (2014), Privatización y (re)reforma de las pensiones en América Latina. <http://www.condistintosacentos.com/privatizacion-y-rereforma-de-las-pensiones-en-america-latina/>

Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. (01 de octubre de 1992). Exposición de motivos del Proyecto de Ley “por la cual se crea el Sistema de Ahorro Pensional y se dictan otras disposiciones sobre seguridad social”. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=12887#0>

NU. CEPAL. Unidad de Estudios Especiales. Uthoff, Andras. La reforma del sistema de pensiones en Chile: desafíos pendientes. <http://www.cepal.org/es/publicaciones/5090-la-reforma-sistema-pensiones-chile-desafios-pendientes>

Capítulo 10



Sana competencia en el mercado nacional colombiana y la economía colaborativa en el caso UBER

David José Morales Pastrana, Ana María Barbosa,
Iván Bermúdez Caviedes

Resumen

Para el servicio de transporte público en Colombia los entes competentes son el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transportes, los encargados de llevar el control, vigilancia y seguimiento de las empresas dedicadas al transporte de personas en nuestro país a nivel nacional. A nivel municipal y distrital estarían los alcaldes municipales o distritales o los organismos que estos deleguen, de acuerdo al artículo 8 del Decreto 172 de 2001 (hoy compilado en el Decreto 1079 de 2015, Decreto único del Sector Transporte). Pero si definimos a Uber como ellos mismos se autodenominan: empresa tecnológica, intermediaria entre conductores particulares y pasajeros, entraría a jugar un papel importante para diseñar, adoptar y promover las políticas, planes y programas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Agencia Nacional del Espectro (ANE) (Ministerio de las Tics, 2016). Este último concepto, por el cual viene operando Uber en Colombia, sería un poco más alejado de la realidad comercial debido a que el servicio principal que prestan a través de la plataforma es el de transporte público individual de personas. Es la principal actividad económica que les vende la plataforma a los usuarios, aunque no se puede desconocer que estarían en juego elementos muy importantes que están siendo explotados, como lo es el espectro electromagnético, el cual es un bien de uso público.

Palabras clave: economía colaborativa, servicio de transporte, tecnologías de la información y las comunicaciones y espectro electromagnético

Abstract

For the service of public transport in Colombia the competent entities are the Ministry of Transport and the Superintendence of Ports and Transport, those in charge of carrying out the control, surveillance and monitoring of the companies dedicated to the transport of people in our country at national level. And at municipal and district level would be the Municipal or District Mayors or the agencies that these delegate, according to Article 8 of Decree 172 of 2001 (Today Compiled in Decree 1079 of 2015 “Single Decree of the Transport Sector”). But if, on the contrary, we define Uber as a technological company, an intermediary between private drivers and passengers, it would play an important role in designing, adopting and promoting the policies, plans and programs of the Information and Communication Technologies sector, the Ministry of Information and Communication Technologies and the National Agency of the Spectrum (ANE), (Ministry of the Tics, 2016). This last concept, for which Uber has been operating in Colombia, would be a little more distant from the commercial reality. Because the main service they provide through the platform is the individual public transport of people. It is the main economic activity that sells the platform to users, although it cannot be ignored that very important elements are being exploited, such as the electromagnetic spectrum, which is a public good.

Keywords: collaborative economy, transport service, information and communication technologies and electromagnetic spectrum

Introducción

La entrada de muchas empresas que prestan sus servicios a través de aplicativos móviles hoy en día es una realidad a la que ningún país puede escapar. Es más que claro que las necesidades de las comunidades van evolucionando y cambiando; por obvias razones, las dinámicas del mercado se van globalizando. Es así como surgen cambios en los modelos de mercados, por lo cual, la normatividad de cada Estado debe ir ajustándose de manera coherente, de tal manera que permita el desarrollo de las nuevas tecnologías.

Surge hacia el año 2009 la empresa Uber, la cual funciona con la instalación de un aplicativo móvil, sirviendo de intermediaria para prestar el servicio de transporte individual de pasajero como lo sostiene Hernández y Galindo (2016), la cual ha tenido gran acogida por parte de los consumidores en muchos países. Está claro que los empresarios deben adoptar sus estrategias competitivas a las Tecnologías de la Información y las comunicaciones, pero no dejando de lado la protección al principal miembro de la cadena de consumo, como es el consumidor, protagonista en todo este proceso de fortalecimiento en los mercados.

Es precisamente lo que sostiene Lucas Llina, Gerente General de Operaciones de Uber en Colombia (citado por Dinero, 2017), al afirmar que lo que buscan es mejorar la calidad de vida de las personas y contribuir con los desafíos de la movilidad en las ciudades. Por otro lado están presentes viejos monopolios, como lo señala Granados (2014): son los dueños de los “taxis amarillos”, quienes están en contra de la aplicación móvil, toda vez que son estos los que mayor lucro obtienen de la circulación de dichos vehículos en las ciudades colombianas, manifestando inconformidades por una presunta competencia desleal (Narvárez, Arrieta, & Florez, 2018).

En este contexto, existen muchos enfoques que pueden realizarse alrededor de una investigación sobre la plataforma tecnológica UBER, pero hemos decidido establecer una conexión entre el aplicativo web y el derecho, a través de un análisis jurídico que nos permita demostrar si la aplicación UBER ejerce actos de competencia desleal frente al empresario de transporte en la modalidad (taxi) a la luz del derecho colombiano.

Metodología

En la presente investigación se propone realizar una investigación sobre el concepto de economía colaborativa, cuáles son sus características y por qué la aplicación web denominada UBER está catalogada como un ejemplo de este tipo de economía. Se realiza un estudio del régimen de protección a la competencia en Colombia, mirada desde ese paradigma histórico de enfrentamiento de las empresas por la clientela, como lo sostuvo Velandia (2011), siendo estas, estrategias que buscan los empresarios para atraer usuarios e incrementar su patrimonio, constantes luchas por mostrar u obtener la confianza de las personas y de esta forma obtener la preferencia en el mercado.

El mercado a analizar es el de la prestación del servicio público de transporte individual de personas. El cual está en cabeza del Estado su vigilancia y control, de acuerdo a la Ley 336 de 1996, dinámicas de prestación del servicio que han cambiado y los grandes empresarios han buscado la adquisición y diseño de nuevas metodologías para prestar el servicio, como la implementación de software u aplicativos móviles, innovaciones que eran de esperarse en pleno siglo XXI.

La economía colaborativa

Lo novedoso del concepto de economía colaborativa no solamente radica en la posibilidad de compartir bienes o servicios con amigos, familiares o incluso extraños, pues, esto se ha venido realizando históricamente en todas las latitudes, por ejemplo, compartir el automóvil con otras personas para que puedan transportarse o compartir un inmueble para que puedan alojarse de manera temporal; sin embargo, la novedad radica en la tecnología, es ella la que en esta era permite aumentar de forma exponencial la posibilidad de compartir bienes o servicios entre personas desconocidas y no solamente con nuestra familia, amigos, compañeros de estudio o trabajo, sino que podremos hacerlo con cualquier persona, ya que gracias a la tecnología podemos interactuar con personas de cualquier lugar del planeta, especialmente por la tecnología de la comunicación, como por ejemplo: el Internet, los *Smartphone*, la computación y los sistemas informáticos en general.

Hoy en día, a través de nuestro *Smartphone* o teléfono inteligente podemos comunicarnos de manera muy económica o, a veces, gratuita (Wi-Fi, Whatsapp, Facebook, Facetime, Skype) y, además, nos permite indicar nuestra posición geográfica a través del sistema GPS (Global Position Satellital), lo cual ayuda a que otra persona identifique con precisión el lugar donde nos encontramos, luego, mediante la automatización de procesos, a través de algoritmos, de forma automática se hace posible el encuentro entre la oferta y la demanda sin intervención humana. Esto dio pie a que en los años 2008 y 2009 se crearan grandes plataformas tecnológicas como Bla, Bla Car, Airbnb y Uber.

A raíz de esta tecnología, muchas empresas comienzan a desarrollar o crear mercados multilaterales, dichos mercados son modelos de organización industrial, que tampoco son nuevos, pues existían antes de la aparición de estas tecnologías y consisten fundamentalmente en un modelo de negocio en el cual se facilita la interacción de diferentes grupos de personas, por ejemplo: los periódicos funcionan a través de la interacción de dos grupos, por una parte los anunciantes y por la otra los lectores; esas son las dos fuentes de financiación de un periódico, en donde los lectores se benefician por la información que reciben y los anunciantes que le pagan al periódico se benefician al poder conseguir nuevos clientes del grupo de lectores.

Entonces, el modelo funciona de la siguiente forma, entre más lectores, mayores serán los beneficios para los anunciantes y entre más anunciantes, el periódico tendrá la posibilidad de disminuir su costo y aumentar la calidad de la información en cuanto a contenido y presentación, por lo que ambos grupos se benefician mutuamente. Otro ejemplo de mercados multilaterales son las tarjetas de crédito, en donde aparecen los clientes del banco como un grupo y los establecimientos de comercio afiliados al banco como otro grupo, estos últimos se benefician al poder aumentar sus ventas a través de la financiación que le otorga el banco a sus clientes, en general todos los mercados que funcionan con publicidad encajan en este modelo.

Las plataformas colaborativas, Airbnb, Uber y Bla Car lo que hacen es coordinar estos dos elementos: la tecnología y los mercados multilaterales para llevarlos a otro nivel, porque a diferencia de un periódico o la televisión, lo que logran estas empresas es convertirlo en un mercado global que, además, crece exponencialmente, puesto que son millones de personas las que se convierten diariamente en clientes y proveedores. Sin

embargo, existen otros elementos que son importantes, pero no definitorios del concepto de economía colaborativa, por ejemplo, servicios entre iguales (p2p) los cuales disminuyen de forma dramática los costos de transacción, dado que no es necesario incurrir en gastos de publicidad, contratación de personal, asesoría legal o marketing, lo cual aproxima el mercado a uno de competencia perfecta donde no se generan costos de transacción o estos son mínimos.

La participación de agentes económicos no profesionales es una de las consecuencias de la economía colaborativa, lo cual permite a cualquier persona entrar a competir en un mercado de bienes y servicios con ciertas ventajas competitivas. Otro de los elementos importantes, es la utilización de recursos ociosos, es decir aquellos que no se utilizan o están subutilizados y puedan ser compartidos en el mercado a cambio de un precio que paga un tercero.

Otro rasgo de la economía colaborativa es la contratación en tiempo real, aquí también juegan un papel importante las pasarelas de pago *on line* (como por ejemplo Paypal, PayU, ePayco, Pse) las cuales facilitan que a través de un *Smartphone* se puedan celebrar contratos *on line*, no obstante, algunos modelos como por ejemplo Bla Bla Car no suelen contratarse en tiempo real. Y un último elemento, que es controversial en la doctrina es el altruismo, sin embargo, esta característica es muy restrictiva dentro del concepto, ya que dejaría por fuera aquellas actividades que suponen un ánimo de lucro.

Dadas esas explicaciones, procedemos a esbozar un concepto de lo que es la economía colaborativa, partimos de la base de que es un modelo de organización industrial en el que una plataforma electrónica facilita la contratación de servicios, incluyendo el servicio de arrendamiento de bienes, ofertados por un grupo de usuarios (prestadores) y demandados por otro grupo de usuarios (consumidores). Es un modelo no lineal, sino triangular, donde se crean estos mercados multilaterales e intervienen claramente tres actores: la plataforma colaborativa, los prestadores y los consumidores.

La aplicación Uber en el mercado nacional e internacional

Uber es una compañía desarrolladora de software que tuvo sus inicios en San Francisco (Estados Unidos), específicamente, actúan como intermediarios para que particulares presten el servicio público individual de transporte, en automóviles particulares que ofrecen un servicio especial. Todas las conductoras que trabajan para este sistema se inscriben a través de la plataforma web diseñada para tal fin, a los cuales se les verifica sus antecedentes antes de vincularse a laborar y una vez pasado el examen; deben pagar un porcentaje por cada una de las carreras que realicen (Uber, 2017).

Esta aplicación se expandió más allá de las fronteras norteamericanas, haciendo presencia hoy en día en más de 50 ciudades importantes en todo el mundo. Solo de imaginar que podemos tener a la mano de una forma muy sencilla, ágil y en contados minutos el servicio de un automóvil modelo 2009 en adelante, eso hoy es posible a través de la aplicación Uber; cuya empresa ya ha entrado a competir en nuestro mercado colombiano.

Hoy en día Uber es legal en Inglaterra y Gales, los cuales hacen parte del Reino Unido, por medio de un fallo de la Alta Corte, donde se manifestó que este programa informático no utiliza los sistemas de taxímetro a la hora de establecer el valor de un viaje, por lo contrario, requiere de una señal GPS. De igual forma en Broward, Florida (EEUU), se aprobó una moción que legaliza el servicio según Infobae (2015). En Latinoamérica ha ganado la batalla, en Brasil, después de varias luchas, como lo dio a conocer la Agencia EFE (2016), donde le concedía laborar por medio de medidas cautelares, la Alcaldía de Sao Paulo expidió un decreto donde regula la aplicación, permitiendo operar en la metrópolis, debiendo pagar a la administración una tasa mensual para poder operar, además de otros requisitos que deben cumplir.

En Colombia el gremio de los taxistas, en varias ocasiones, ha salido a protestar a las calles, rechazando el modo de operar de Uber; argumentan que es una clara competencia desleal, sostienen que se les ha permitido operar hasta este momento sin estar reconocidos como una empresa de transporte. Lo anterior les permite poder ofrecer el servicio público de lujo, sin necesidad de cancelar el valor de un cupo, el cual, si debe cancelar el propietario de un taxi, tampoco los impuestos y pólizas que debe sufragar

un taxista. Por su parte, el Ministerio de Transporte expidió la Resolución 2163 de 2016, por medio del cual reglamentó el Decreto 2297 de 2015, este último trae los parámetros bajo los cuales deben funcionar el servicio de lujo, dentro de la modalidad de servicio público de transporte individual. Sería en principio y de acuerdo a la naturaleza del servicio el cual se presta, el Ministerio de Transporte y la Superintendencia de Puertos y Transporte, los entes a nivel nacional encargados de la vigilancia, control y supervisión de todas las empresas que presten el servicio público de transporte en Colombia.

Hasta este punto la normatividad vigente se encargó de reglamentar el servicio de transporte de lujo de pasajeros y todo el procedimiento que deben cumplir ante el Ministerio de transporte, para entrar a operar como cualquier otro vehículo que a nivel nacional preste el servicio. Por otro lado, exige que las herramientas tecnológicas empleadas deben ser vinculadas al servicio público de transporte, en otras palabras, los software implementados deben hacer parte de la empresa que preste dicho servicio y no estar constituidas como simple intermediarios, según el Decreto 2060 de 2015, por medio del cual se reglamentaron los sistemas inteligentes en el país.

La normativa se quedó corta en cuanto muchos aspectos de carácter particular, como la diferencia pecuniaria que deben sufragar los taxis, al momento de cancelar el valor de cupos, seguros u otros tipos de reglamentaciones que deben cumplir, las personas que prestan el servicio público de taxi. De acuerdo con el Decreto 2297 de 2015 y la resolución 2163 de 2016 lo que hacen en reglamentar y permitir que, en el mercado, presten el servicio público de transporte individual de pasajeros, automóviles de lujo y que los mismo puedan utilizar plataformas web para mejorar el servicio.

Régimen de Protección de la Competencia y Actos de Competencia Desleal a la Luz de la Legislación Colombiana en relación al caso Uber y el reclamo del sector de transporte Individual.

Inicialmente hay que decir que la libre competencia económica es un derecho colectivo, consagrado en la Constitución Política (1991) en el artículo 333, el cual le otorga a todas las personas facultades para realizar

actividades económicas e iniciativas de carácter privado, siempre y cuando no afecten el bien común; ello implica responsabilidades por parte de todas las personas que tengan este tipo de iniciativas.

A través de todo el desarrollo legal de la competencia en Colombia se han creado diferentes normas para regularlo, tales como la Ley 155 de 1959, la primera en entrar a regular el régimen de competencia, pero esta no era clara en cuanto a quién era el ente encargado de tal situación, naciendo tiempo después el Decreto 2153 de 1992 que fijó la política de la competencia en el país y, con ello, surge 17 años después la Ley 1340 del año 2009 para regular las nuevas necesidades del mercado y la protección al consumidor.

Así, a su vez, esta última otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio la autoridad única de estar encargada de aplicar en todos los sectores de la economía normas de competencia, según los estableció la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2009). Ahora nos preguntaremos: ¿Qué es la protección de la competencia? Y tendremos que decir, entonces, que la entidad exclusiva y encargada de velar por la cabal aplicación de las normas que regulan, a saber, la Superintendencia de Industria y Comercio (2016) la misma lo ha definido como:

El derecho de competencia es aquel que se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados, mediante la prohibición de actos que se consideran impiden la competencia y mediante la promoción y abogacía por un entorno competitivo. (s.p)

Teniendo claro el concepto de protección de la competencia, se hace necesario decir que el objeto de nuestra investigación en este acápite es la libre competencia y, a su vez, cuáles son los actos prohibidos o que violan este régimen, para luego enlazar dicho estudio con el fenómeno que la plataforma tecnológica Uber ha generado en nuestro país, especialmente, en el sector del transporte individual de pasajeros. Es por lo que reafirmaremos que, inicialmente, dicho derecho está en cabeza de todas las personas que deseen tomar la iniciativa de crear, organizar y emprender su propia actividad económica, precisamente, sin vulnerar los límites propios establecidos en la legislación para ello.

Pero ¿cuáles son los límites a este derecho? Ciertamente, la Ley 1340 de 2009 trae un catálogo no exhaustivo de conductas que se consideran que atentan contra el derecho constitucional a la libre competencia. Surge la necesidad de limitarlo y es, precisamente, lo que previó el constituyente y el legislador como forma de garantizar a todos los consumidores y personas que tienen una actividad económica debidamente constituida, para que a la hora de ejercerla no realicen conductas que afecten las libres y sanas prácticas de mercado, las cuales entrarían no solo a beneficiar a los que ostentan la posición dominante, sino al consumidor como miembro débil de la cadena de consumo.

Entre todo este listado de conductas nos interesa las que establece la Ley 256 de 1996 en el Capítulo II, respecto a los actos de competencia desleal. Soportado en la buena fe comercial y, precisamente, esa lealtad entre las competencias del mercado. Una vez realizada una detallada lectura de cada uno de los 12 artículos que hacen referencia a los actos de competencia desleal por la normatividad vigente colombiana, tenemos que el artículo 18, en cuanto a la violación de normas, es el que más se acerca a un posible acto de competencia desleal cometido por la empresa Uber. Dicho artículo reza de la siguiente manera: Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

Una vez realizada la investigación de corte bibliográfico, nos encontramos que efectivamente Uber goza de una ventaja competitiva adquirida frente a las empresas que prestan el servicio tradicional de taxis en país, toda vez que, por ejemplo, para entrar a operar un taxi deben adquirir un tarjeta de operación, la cual se oficializa por parte de la autoridad de transporte competente anualmente, debe obtener el seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT), la licencia de tránsito de vehículos, revisión técnico mecánica vigente del vehículo, pólizas de responsabilidad civil contractual y extracontractual de la empresa y acreditar la consignación a favor de la autoridad de transporte competente por el pago de los derechos que se causen. Todos estos requisitos según el Decreto 172 de 2001 (hoy compilado en el Decreto 1079 de 2015 “Decreto único del Sector Transporte), por medio del cual se reglamentó el servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxis.

Desde este punto de vista, podemos afirmar que los conductores que prestan el servicio público de transporte individual de personas por medio de taxis tradicionales, tienen una desventaja notoria frente al servicio de transporte prestado por los automóviles UBER; como lo veníamos explicando en párrafos anteriores. Sin embargo, la ventaja competitiva no es adquirida mediante la infracción de una norma jurídica, tal como lo establece la normatividad, por tanto, no podría ser catalogada como una competencia desleal. Toda vez que el transporte de lujo de pasajeros lo pueden prestar todas las empresas o personas en el país que cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad vigente para ello. Dicho servicio no está restringido solamente para aplicativos móviles o software como el que posee Uber a nivel internacional, lo que deja abierta la puerta para que nuevos inversionistas, comerciantes y empresarios puedan entrar a competir bajo esta modalidad de prestación del servicio en Colombia.

Para concluir este apartado, pese a existir inconformismos por parte de las empresas que han prestado el servicio tradicional de transporte individual de personas —los cuales han deseado que los entes nacionales excluyan o prohíban la operación de la empresa Uber en el mercado nacional— no se vislumbra por esta última, la intención de fragmentar el principio de buena fe comercial que pregona nuestro legislador, hasta este momento no estaría infringiendo ninguno de los actos de competencia desleal estatuidos en nuestro ordenamiento jurídico.

La libre competencia frente a la competencia desleal

Precisamente, el debate en torno a las controversias surgidas con la entrada en el mercado colombiano de dicha plataforma, es la libre competencia frente a la competencia desleal que pretende endilgarle el gremio de transporte público individual, esta última tiene como órgano encargado de la vigilancia y control a la Superintendencia de Industria y Comercio, ente las que, a pesar de tener la función de vigilancia y control en los temas concernientes a la libre competencia económica, no sería el encargado en el caso puntual tratado, debido a que como hemos venido desarrollando Uber no ha venido infringiendo normas que afecten la competencia, frente al sistema prestado por los taxis tradicionales en el país. Por el contrario, es el mercado colombiano quien debe reglamentar y actualizar su normatividad a las nuevas tendencias internacionales, para

buscar el equilibrio social y económico en la prestación del servicio de transporte en sus localidades que no está actualmente reglamentado para este tipo de plataforma que sin duda alguna no son empresas, pues no tienen un nivel jerárquico ni un personal fijo.

A nivel nacional se han presentado demandas en contra de Uber, sosteniendo que debe ser bloqueada la plataforma, toda vez que la misma se lucra y explota el espectro electromagnético colombiano sin permiso; postura que es apoyada por el Ministerio de Transporte, pero, por otro lado, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones defiende la aplicación, sosteniendo que hasta la fecha en Colombia no se ha restringido ninguna aplicación que utilice el espectro electromagnético con un contenido que no sea inadecuado o ético, solamente se han prohibido cuando se trate de contenidos sobre pornografía infantil; porque de ser así manifiesta que existen aplicaciones como WhatsApp, Netflix y Airbnb, solo por mencionar algunas, a las que también se debería reglamentar por la utilización de tal bien de uso público (Revista Semana, 2017).

Sigue sosteniendo el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que, de inhabilitar la plataforma, se estaría atentando contra un principio internacional, como lo es el de neutralidad de red, el cual va de la mano de la del derecho fundamental a la libertad de expresión. Este derecho internacional ha tenido bastante desarrollo legal y doctrinal en varios Estados, el cual hace referencia como sostiene Espinosa (2009, p. 87) a la infraestructura lógica y económica de los servicios y productos informáticos. En otras palabras, este principio actualmente pasa por interesantes debates en la actualidad sobre la regulación económica del uso de la tecnología.

Siendo el Internet una herramienta que satisface necesidades colectivas, le corresponde al Estado llenar el vacío del derecho, comenzando a reinventar y reivindicar el caos generador de una conversación mundial sin fin, en palabras de Capella citado por Espinosa (2009, p. 127). Tal cual, como está sucediendo en la actualidad social con la empresa Uber, quien, hoy en día, está prestando el servicio de transporte individual de pasajeros a través de un aplicativo tecnológico. Pero mañana puede ser otro u otras empresas que desarrollen aplicativos, software o programas e incursionen en el mercado nacional e internacional.

Actualmente la Ley 1341 de 2009 efectivamente protege la neutralidad tecnológica y de la red en nuestro medio, pero de igual forma les impone a todos aquellos particulares la carga de pagar una contraprestación económica a quienes hagan uso del espectro radioeléctrico en el país y define el proceso para acceder a dichos permisos.

Conclusión

El Estado debe regular y establecer estrategias para equilibrar este tipo de sucesos en el mercado de transporte y las tecnologías del país, debido a que tecnológicamente, de acuerdo con las leyes vigentes de protección del uso de plataformas electrónicas, Uber y otras empresas que presten servicios por medio de aplicativos de este tipo son legales, toda vez que no hay regulación que las prohíba y que es difícil en términos facticos detener el desarrollo que las economías colaborativas han tenido en los últimos 10 años.

En nuestro concepto, el Estado deberá intervenir para proteger a todos los consumidores y demás miembros de la cadena de consumo para equilibrar las dinámicas del mercado, pero no con una regulación coercitiva, normativa, prohibitiva, sino por el contrario con medidas articuladas tendientes a armonizar los mercados, buscando puntos de encuentro donde la primicia sea un ganar, ganar.

De acuerdo a los actos de competencia desleal contemplados por la legislación colombiana, la empresa Uber no infringe ningún acto que afecte la sana competencia en el mercado nacional. Una vez realizado un minucioso análisis de cada uno de los actos contemplados por la normatividad vigente se observa lo anterior, no desconociendo las claras desventajas que se presentan hasta el momento para los otros miembros del eslabón en temas relacionados a la prestación del servicio y el pago de contraprestaciones económicas. Por un lado, la seguridad de los pasajeros en temas contractuales y por el otro el pago por la utilización de ciertos bienes de uso público al Estado.

Referencias

- Agencia EFE. (10 de 05 de 2016). *Edición America–Economía*. Obtenido de Regular el uso de la aplicación Uber en Sao Paulo: <http://www.efe.com/efe/america/economia/regulan-el-uso-de-la-aplicacion-uber-en-sao-paulo/20000011-2922014>
- Asamblea Nacional Constituyente (1991) Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 333. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Congreso de la República de Colombia (1959) Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Diciembre 24 de 1959. DO. N°30138
- Congreso de la República de Colombia (1996) Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Diciembre 20 de 1996. DO. N°42948
- Congreso de la República de Colombia (1996) Ley 336 de 1996. Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte. Enero 15 de 1996. DO. N°42692
- Congreso de la República de Colombia (2009) Ley 1341 de 2009. Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC -, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones. Julio 30 de 2009. DO. N°47426
- Congreso de la República de Colombia (2009) Ley 1340 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Julio 24 de 2009. DO. N°47420
- Diez Toribio, S. (2015). La economía colaborativa: un nuevo modelo de consumo que requiere la atención de la política económica.
- Espinosa, C. (2009). La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa. *Derecho del Estado*, 83-128.
- Hernández y Galindo, Y. R. (2016). Modelo de gestión del servicio de transporte UBER. ¿Quién pierde y quién gana? *Espacios Públicos. Universidad Autónoma del Estado de México*, 164.
- Granados, N. S. (05 de Octubre de 2014). UBER presiona al monopolio amarillo. *El libre Pensador* (24).

- Infobae América. (16 de 10 de 2015). *La Corte Inglesa dictamino que Uber es legal en Londres*. Obtenido de <http://www.infobae.com/2015/10/16/1762764-la-corte-inglesa-dictamino-que-uber-es-legal-londres/>
- Llina, L. (05 de mayo de 2017). *La regulación no puede definirse en favor de viejos monopolios, gerente de Uber*. <http://www.dinero.com/empresas/articulo/uber-y-los-retos-para-legalizar-en-colombia/245508>
- Min Tic. (26 de 08 de 2016). *Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*. Obtenido de <http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-propertyvalue-540.html>
- Ministerio de Desarrollo Económico (1992). Decreto 2153 de 1992 Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio. Diciembre 30 de 1992.
- Ministerio de Desarrollo Económico (2001). Decreto 172 de 2001 [Ministerio de Transporte]. Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Individual de Pasajeros en Vehículos Taxi. Febrero 05 de 2001.
- Ministerio de Desarrollo Económico (2015). Decreto 2060 de 2015 [Ministerio de Transporte]. Por el cual se adiciona el Decreto 1079 de 2015 y se reglamenta el artículo 84 de la Ley 1450 de 2011. Octubre 22 de 2015.
- Narváez, B., Arrieta, Y., & Florez, B. (2018). El caso del aplicativo Uber frente al régimen de protección a la competencia en la legislación colombiana. *Justicia*, 37-50.
- OCDE. (2009). *Derecho y política de Competencia en Colombia*. Obtenido de Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos: <https://www.oecd.org/countries/colombia/44111213.pdf>
- Revista Semana. (04 de enero de 2017). *¿Por qué peligra la plataforma Uber?* <http://www.semana.com/nacion/articulo/demanda-del-ministerio-de-transporte-a-uber/520506>
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). (2016). ¿Que es la protección de la competencia? <http://www.sic.gov.co/drupal/que-es-la-proteccion-de-la-competencia>
- Uber. (2017). *Requisitos para manejar con Uber*. <https://www.uber.com/es-CO/drive/requirements/>

David José Morales Pastrana, Ana María Barbosa,
Iván Bermúdez Caviedes

Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. U. Externado de Colombia.

Capítulo 11



La reforma del Código Civil y Comercial de la República Argentina y sus implicaciones en los derechos de los pasajeros del contrato de transporte aéreo

Solange C. Nugoli¹

Resumen

En Argentina desde el 1º de agosto de 2015 han cambiado las reglas de juego de la vida cotidiana. Ya nada es igual ante la ley: nacer, casarse, tener hijos e incluso morir. Ello se debe a la entrada en vigor del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por ley 26.994, sancionada en octubre 1 de 2014 y promulgado según decreto 1795/2014, que según las palabras del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Dr. Ricardo Lorenzetti, es a la vida privada lo que la Constitución Nacional es a la pública. La nueva norma (con un total de 2.671 artículos, divididos en seis libros) reemplazó a dos cuerpos legales, uno de los cuales regía desde hace más de 140 años. Con ello se resignificaron aspectos sobre filiación, divorcio, separación de bienes, formas de contratación, pago de deudas de moneda extranjera, así como serias implicaciones en los derechos de los pasajeros del contrato de transporte aéreo, entre otros temas.

Palabras claves: contrato de transporte aéreo, ley de defensa del consumidor, código civil y comercial de la Argentina, código aeronáutico, prelación normativa.

1 Abogada. Investigadora y docente de la UNLP. Especialista en Derecho Ambiental, Aeronáutico y Espacial. Adscripta a la Cátedra II de Derecho de la Navegación (Marítimo, Fluvial y Aéreo) y coordinadora de las Clínicas Jurídicas de Derecho del Consumidor, ambas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Jefa de Trabajos Prácticos de la Universidad de Católica de La Plata. Asesora pedagógica PROMEDU2 – UEJ. Correo electrónico: solangenugoli@gmail.com.

Abstract

In Argentina, since August 1, 2015, the rules of the game of daily life have changed. Nothing is the same anymore before the law: being born, getting married, having children and even dying. This is due to the entry into force of the New Civil and Commercial Code of the Nation, approved by law 26.994, sanctioned on October 1, 2014 and promulgated by decree 1795/2014, which according to the words of the president of the Supreme Court of Justice of the Nation, Dr. Ricardo Lorenzetti, is to private life what the National Constitution is to public life. The new norm (with a total of 2,671 articles, divided into six books) replaced two legal bodies, one of which had been in force for more than 140 years. With it, aspects of filiation, divorce, separation of goods, forms of contracting, payment of foreign currency debts, among other issues, as well as serious implications on the rights of passengers in the air transport contract, among other issues were resignified.

Keywords: Air transport contract, consumer protection law, Argentine civil and commercial code, aeronautical code, normative priority.

Introducción

En cuanto a las introducciones o modificaciones realizadas, se puede destacar en primer lugar que, en los títulos preliminares, se encuentran las reglas para el ejercicio de los derechos donde se contemplan las fuentes y aplicación, los criterios de interpretación y el deber de resolver del juez. Uno de los ejes centrales del cambio de estructuras se refleja en el derecho de familia, donde se innova en: el proceso de divorcio; convenciones matrimoniales; concubinato; reproducción humana asistida; adopción; alimentos; apellido de los hijos; sucesiones; responsabilidad parental; entre otros. En cuanto a las cuestiones comerciales, se establecen modificaciones en relación a las obligaciones de dar moneda extranjera; se incorporan nuevas formas de contratación, se regula el contrato de transporte y el contrato de consumo, sociedades unipersonales, entre otras cuestiones.

Este gran impacto jurídico ha intentado regular los nuevos paradigmas del siglo XXI para la República Argentina y, junto a ello, gran parte de las relaciones jurídicas se ven atravesadas por una resignificación normativa cuyas consecuencias hoy los invito a analizar. De este modo, propongo observar las implicancias de la unificación del Código Civil y Comercial de la República Argentina como consecuencia de los nuevos vínculos normativos que ligan al contrato de transporte aéreo de pasajeros y los derechos de estos como partes de este contrato de consumo. Entiendo que corresponde detenerse particularmente en la diversidad normativa que regula la responsabilidad del transportista aéreo frente a los pasajeros. Cuestión que ha sido sumamente debatida en mi país como en el mundo entero, debido a la existencia de dos posturas doctrinarias claras y marcadas. Una a favor de la autonomía absoluta del derecho aeronáutico y otra que propugna la morigeración de dicha normativa por medio de la aplicación de un régimen tuitivo como lo es el derecho de los consumidores y usuarios en sus diferentes acepciones.

El problema de la normativa aplicable a los derechos de los pasajeros como consumidores y la autonomía del derecho aeronáutico

La problemática de la normativa que regula los derechos de los pasajeros en el transporte aéreo reviste suma complejidad, pues vincula a dos ramas de la ciencia jurídica, que predicen su autonomía científica, por ello cabe preguntarse cuál sería la normativa apropiada para resolver situaciones que demandan la aplicación de dos regímenes.

Existen dos posiciones visiblemente definidas, la primera breva por la aplicación del derecho aeronáutico como rama que específicamente regula el transporte de personas en aeronave y por vía aérea, y la segunda por la aplicación del derecho de los consumidores y usuarios en amparo de los derechos de los pasajeros, observando a estos como la parte débil de la relación contractual, encuentra fundamento incluso en que el tipo de contrato que se suscribe es de adhesión, por lo que estos no estarían en posibilidades de discutir las cláusulas contractuales. Al respecto, la autonomía del derecho aeronáutico se encuentra consagrada expresamente en el artículo 2 del Código Aeronáutico argentino:

Si una cuestión no estuviese prevista en este código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Las normas del libro 1 del Código Penal se aplicarán a las faltas y los delitos previstos en este código, en cuanto sean compatibles.

Este pleno reconocimiento de la autonomía tiende a evitar que se impongan disposiciones supletorias inspiradas en características diversas, propias de otras disciplinas, que comprometerían la unidad y armonía en la aplicación de la legislación aeronáutica. La actividad aeronáutica por su propia naturaleza, finalidad y peculiaridades técnicas, se manifiesta vinculando puntos lejanos, incluso de diferentes Estados. Esto tiñe a los caracteres del derecho aeronáutico, entre ellos su internacionalidad.

Resulta necesario que el derecho acompañe el constante avance científico y tecnológico con herramientas que permitan suavizar las diferencias legales que aparecen al momento de atravesar cualquier

frontera internacional. Sobre la base de estas consideraciones, estimo que la uniformidad del Derecho Aeronáutico constituye un valor destacado y una muestra de madurez de la ciencia jurídica.

Incluso, los primeros tratados sobre derecho aeronáutico que conformaron el Sistema de Chicago, en su aspecto de derecho público, y el sistema de Varsovia en derecho privado, tuvieron como principal objetivo la uniformidad de la normativa en relación al hecho técnico de la circulación aérea y del transporte aéreo. Sin embargo, podemos decir, sin temor a equivocarnos que la actividad aérea es una de las más reglamentadas del mundo, ello se debe, fundamentalmente, a su internacionalidad y a las necesidades de velar por la seguridad en vuelo. Tal es así que, doctrinariamente, se la conoce como una característica propia de la materia (el reglamentarismo).

El derecho aeronáutico atravesado por el derecho de los consumidores y usuarios

A este problema con normas propias se suman otras legislaciones provenientes de regímenes tuitivos que tienden a equilibrar las relaciones jurídicas en las que se encuentran las partes del contrato de transporte aéreo. El modelo de competencia perfecta, según Reich, dista mucho de la afirmación real del principio de “soberanía del consumidor”.

A la sazón la debilidad estructural en la que se encuentra el usuario, funda la necesidad de tutela del mismo, en equiparación con la posición de los trabajadores en el mercado laboral. En este sentido el derecho del consumidor es un derecho “regulador” que tiene por cometido intervenir deliberadamente en la economía a los efectos de corregir alguna de sus “fallas”. De este modo, el derecho de los consumidores y usuarios ha nacido para tutelar al consumidor, otorgándole seguridad jurídica observando su indefensión en las relaciones comerciales.

Así, la problemática de la diversa normativa aplicable ha generado incluso problemas en el orden de los órganos competentes, ocasionando situaciones de posible gravedad institucional. A modo de simple ejemplo, el artículo 41 de la Ley 24.240, sancionada el septiembre 22 de 1993 indica:

Artículo 41. Aplicación nacional y local. La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones. (Artículo sustituido por art. 17 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)

En este contexto, la Ley 24.240 de defensa del consumidor designa como Autoridad de Aplicación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la Dirección de Defensa al Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de esta ley y sus normas reglamentarias, respecto de los hechos sometidos a su jurisdicción. Asimismo, el artículo 43, “inc. c) la faculta a recibir y dar curso a denuncia de los consumidores, y su inc. f) se refiere al procedimiento de producción de prueba”. El capítulo XII de la misma ley, “prevé el procedimiento para las actuaciones administrativas garantizando el derecho de defensa con una etapa de producción de prueba prorrogable en su plazo, por causas justificadas”. Por último, el artículo 47 determina las sanciones que puede imponer ante la verificación de la infracción:

Artículo 47. “Sanciones. Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso: a) Apercibimiento. b) Multa de PESOS CIEN (\$ 100) a PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000). c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción. d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta TREINTA (30) días. e) Suspensión de hasta CINCO (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado. f) La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare. En todos los casos, el infractor publicará o la autoridad de aplicación podrá publicar a costa del

infractor, conforme el criterio por ésta indicado, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en un diario de gran circulación en el lugar donde aquélla se cometió y que la autoridad de aplicación indique. En caso que el infractor desarrolle la actividad por la que fue sancionado en más de una jurisdicción, la autoridad de aplicación podrá ordenar que la publicación se realice en un diario de gran circulación en el país y en uno de cada jurisdicción donde aquél actuare. Cuando la pena aplicada fuere de apercibimiento, la autoridad de aplicación podrá dispensar su publicación. El CINCUENTA POR CIENTO (50%) del monto percibido en concepto de multas y otras penalidades impuestas por la autoridad de aplicación conforme el presente artículo será asignado a un fondo especial destinado a cumplir con los fines del Capítulo XVI —EDUCACION AL CONSUMIDOR— de la presente ley y demás actividades que se realicen para la ejecución de políticas de consumo, conforme lo previsto en el artículo 43, inciso a) de la misma. El fondo será administrado por la autoridad nacional de aplicación”. (Artículo sustituido por art. 21 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)

Ahora bien, cabría analizar en este punto si el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires tiene facultades para entender y resolver denuncias sobre le al artículo 37 de la ley en análisis, estos contratos están bajo su área de control. En cuanto al segundo, el artículo 63 de la Ley 24.240 señala: “Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley”. (Artículo derogado por art. 32 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008, este último artículo fue observado por art. 1° Decreto N° 565/2008 B.O. 7/4/2008), excluye de su ámbito de aplicación a los casos encuadrados en el “Contrato de Transporte Aéreo “ en tanto se le aplican las normas del Código Aeronáutico (Ley 17.285) para el transporte interno de cabotaje y las Convenciones Internacionales a las cuales adhirió la Argentina - Sistema Varsovia- La Haya- Montreal, para el caso

de transporte internacional de pasajeros, por lo cual, toda denuncia que haga específicamente al cumplimiento de dicho contrato, se encontraría exceptuada de dicha competencia.

En efecto, el artículo remite, en lo que se refiere a la tutela del usuario del servicio de transporte aéreo, a las disposiciones del Código Aeronáutico y a la reglamentación de las condiciones de contrato de transporte aéreo para servicios regulares en las Resoluciones 1532/98 MO y SE, N° 203/2013 ANAC y Tratados Internacionales, siendo solo de aplicación supletoria para lo no previsto por dichas normas, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

No obstante ello, en la práctica los usuarios presentan las denuncias ante la Dirección de Defensa del Consumidor, importa destacar que la actuación ante los Órganos de Defensa del Consumidor es gratuita y no se exige patrocinio de un abogado debiendo oponer las líneas aéreas excepciones de incompetencia las que son favorablemente resueltas; y en consecuencia se remiten las actuaciones a la Subsecretaría de Transporte Aerocomercial que interviene conforme la Ley 17.285 (Código Aeronáutico Cap. 3 Faltas) y Resolución N° 58/04 del Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios.

Por otra parte, y como ya se manifestará, el contrato de transporte aéreo es de los llamados contrato de adhesión, que imponen una mayor obligación de información a cargo del predisponente al momento de efectuar la reserva o contratar el transporte, como tarifas, condiciones, escalas, etc. En consecuencia, es alcanzado por las normas de defensa al consumidor, en tanto nacen con la finalidad de actuar como reglas protectoras y correctoras en los contratos de oferta masiva, siendo su finalidad complementar y no sustituir la regulación general contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente.

Asimismo, la actividad aeronáutica en su aspecto comercial, se encuentra alcanzada también por esta normativa tuitiva en la etapa precontractual, en cuestiones de oferta al público, cuestiones de publicidad de sus servicios, así como toda la información previa a la contratación efectiva. Tenemos que tener en cuenta que el derecho de los usuarios del transporte aerocomercial en la República Argentina también está reglamentado en la Resolución N°

1532 /1998 del ex Ministerio de Economía y obras y servicios públicos, en las “Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo”. En relación a los derechos de los pasajeros el artículo 4 expresa:

El transportador y su agente autorizado deberán proveer al pasajero adecuada información, en el momento de solicitar la reserva o contratar el transporte, de las distintas tarifas disponibles y sus condiciones, así como si se trata de un vuelo sin escalas o con paradas intermedias con cambio de aeronave en la ruta o si es realizado en código compartido o entre distintos transportadores o mediante conexión. Tratándose de vuelos superiores a una hora treinta minutos (1 30 hs.), el transportador deberá informar al pasajero al momento del expendio del billete, si dicho vuelo posee o no servicio de comida. En el caso de vuelos en código compartido o entre distintos transportadores, se informará al pasajero de las características distintivas de los servicios de cada transportador.

Asimismo, la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) ha dictado la Resolución N° 203/2013 con el objetivo principal de sustituir los artículos 1 y 12 de la Resolución 1532/98 relacionados con los derechos que asisten al pasajero por incumplimiento de horarios, itinerarios, cancelación de vuelos y denegación de embarque.

En cuanto a la ley aplicable al transporte aéreo doméstico, el Código Aeronáutico argentino contiene expresamente normas sobre la responsabilidad de las líneas aéreas por daños y perjuicios causados a pasajeros, equipajes y cargas transportados, como también cuando el viaje hubiese sido interrumpido o no se hubiera realizado o en el caso de denegación de embarque.

Por otro lado, en el ámbito del transporte aéreo internacional encontramos los tratados internacionales por los cuales se rige la aviación civil, de estos son fundamentalmente dos: el llamado “Sistema de Varsovia” (el tratado de 1929 con los sucesivos Protocolos que lo modificaron) y, el más reciente, el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, suscripto en la ciudad de Montreal (Canadá) el día 28 de mayo de 1999. Ello implica sin más, que el tradicional sistema de responsabilidad del Tratado de Varsovia tiene los días contados, pues

nuestra legislación ha adoptado al fin el Convenio de Montreal que, precisamente ha avanzado en un sistema de responsabilidad mucho más moderno, y favorable al consumidor.

En 2008, por medio de la Ley N° 26.361 se intentó derogar el artículo 63 de la Ley 24240 analizado, sin embargo, por diferentes circunstancias fue observado por el Decreto Nro 556/2008. Esto debido a que el Poder Ejecutivo entendió que aquella derogación “dejaría en pugna el principio de orden constitucional que otorga prioridad a los Tratados Internacionales sobre el orden interno, quedando inmediatamente sujeta a revisión judicial su aplicación”. Entre los fundamentos de la derogación del artículo 63 de la ley se enunció que “ninguna justificación técnico-jurídica ni de sana política de consumo reconoce la subsidiariedad de la ley en problemas del servicio de transporte aéreo”. Según esta justificación, este sector de la actividad como cualquier otro que dé lugar a relaciones de consumo debe ser alcanzado por la normativa tuitiva, sin ningún tipo de excepción.

Analizando la posición doctrinaria contraria veremos los artículos que se corresponden con el usuario del servicio de transporte. Así, la ley 24.240, no solo comprendería a este, sino que, en algunos supuestos, tipificaría cuestiones no tratadas por la legislación específica, como la deslealtad comercial, las cláusulas abusivas, los párrafos contractuales ilegibles, la falta de información. De este modo el Dr. Farina enseña que:

El concepto de prestación de servicio en esta ley es más amplio que el de contrato de locación de servicios que regula el código civil, pues comprende todo contrato por el cual no se adquiere la propiedad o disponibilidad de una cosa sino el uso o goce.... la locación de obra es para la ley 24.240 una prestación de servicio, como también lo es el transporte...los servicios públicos están destinados a satisfacer necesidades esenciales, propias del estilo de vida de un país civilizado, prestaciones que se han consustanciado con el “modus vivendi” de la población: electricidad, gas agua , corriente, teléfono, transporte. Estos servicios pueden ser prestados directamente por el Estado o por concesionarios o licenciarios...El concepto de prestación de servicios es amplísimo para la ley, pues abarca todo supuesto

en que el objeto del contrato no consista en vender o en dar en locación una cosa, aunque aún en estos casos el servicio puede ser objeto principal o accesorio del contrato.

Asimismo, el artículo 19 de la ley 24.240 especifica que:

Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos” ...dispone que todo servicio deberá ser prestado conforme a lo que se exprese en su oferta, sea ésta efectuada en forma privada (directa) o mediante publicidad, y que el proveedor siempre debe cumplir según lo convenido. Esto ya estaba previsto en los artículos 4,8 y 37 a 39. El artículo 19 impone al prestador la obligación de respetar: a) los términos; b) los plazos; c) las condiciones; d) las modalidades; e) las reservas; f) las demás circunstancias del contrato.

Los artículos 37, 38 y 39 tratan uno de los aspectos más críticos que presenta la actividad comercial de los últimos tiempos, y que viene preocupando a la doctrina y jurisprudencia de todas las ramas del derecho privado: el abuso de la libertad contractual por la parte en posición dominante. El artículo 37 especifica que:

... se tendrán por no convenidas: las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños...b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte...c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor... la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

Hasta aquí el derecho aeronáutico había previsto los supuestos que cubre este artículo en virtud del orden público de la legislación que torna nulo lo estipulado en perjuicio de la parte débil. Pero *in fine* el artículo agrega:

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de la una o más cláusulas. Cuando el Juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

La normativa, consagra así la ineficacia tanto de las cláusulas abusivas como de las cláusulas confusas (no comprensibles).

La incorporación del Nuevo Código Civil y Comercial Argentino y la configuración de un tríptico normativo

De lo analizado hasta aquí podemos observar que, en relación a las disposiciones vigentes, en materia de contrato de transporte aéreo se ha conformado un binomio normativo compuesto por dos ramas de la ciencia jurídica, cada una con sus especificidades y principios rectores. De este modo, por un lado encontramos la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y por el otro la normativa reguladora del contrato de transporte aéreo (Código Aeronáutico; Ley 17.285) para el transporte interno o de cabotaje, en las Convenciones Internacionales a las cuales adhirió nuestro país - Sistema Varsovia- La Haya- Montreal para el transporte internacional, y en la reglamentación de las condiciones de contrato de transporte aéreo para servicios regulares en la Resolución 1532/98 MO y SE y Resolución N° 203/2013 ANAC.

Ahora bien, a dicho sistema jurídico (que como se explicó sufre discusiones en cuanto a su aplicación) se incorpora como un tercer foco normativo de eventuales consecuencias jurídicas que hoy, con incertidumbre, la doctrina trata de analizar el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Este regula el contrato de transporte (Capítulo 7 del Título IV del Libro Tercero Derechos Personales) y los contratos y relaciones de consumo (Título III del Libro Tercero Derechos Personales), dando nacimiento a un tríptico normativo que generará nuevas relaciones jurídicas de merecido análisis.

Alrededor de este trinomio (Ley 24.240, Código Aeronáutico Argentino- Convenciones Internacionales del Sistema Varsovia- La Haya- Montreal y Resolución 1532/98, Código Civil y Comercial) se juega, importa

anticiparlo, la posibilidad de acceder —o no— al goce de los derechos fundamentales. La Constitución de la República Argentina, protege en su artículo 42 los derechos de los consumidores y usuarios manifestando expresamente que:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

De ahí, claro está, la importancia de detener el análisis en tales esenciales conceptos. Importa aquí destacar que la regulación de contrato de transporte que incorpora el Nuevo Código difiere, sino en todo en su mayoría de la regulación vigente en materia aeronáutica, ejemplo de esto es la puja en materia de responsabilidad limitada.

Advierto en este sentido que, entre las notas particularistas del derecho de la navegación, la responsabilidad adopta soluciones específicas y distintas a las propias del derecho común civil y comercial. Estos remedios son la respuesta jurídica a las necesidades de la actividad navegatoria. Entre esas características especiales, entiendo a la limitación de responsabilidad como la más destacable particularidad del sistema de responsabilidad en el ámbito del derecho de la navegación. Como consecuencia, esta multiplicidad normativa, brinda diversas soluciones a la misma situación problemática, generando un ambiente de profunda inseguridad jurídica para ambas partes de la relación contractual (pasajero – transportista). Sin dejar de mencionar que el marco jurídico debiera procurar un equilibrio entre

los derechos de los usuarios a recibir las prestaciones y los transportistas al correcto desenvolvimiento de su actividad. Por ello, entiendo que la incorporación de una nueva normativa (en este caso el Código Civil y Comercial) complejiza el escenario.

Las normas sobre prelación normativa e integración contractual del Nuevo Código Civil y Comercial Argentino

Observando este embrollo normativo, intentaré acercar una solución de mano de la normativa que incorpora el nuevo código en relación a la prelación normativa e integración contractual, en tanto normas orientadoras (e imperativas) sobre cómo se debe integrar el contrato frente a la tarea de interpretar sus cláusulas y disposiciones contractuales. En efecto, el artículo 963 correspondiente al Título II relativo a los Contratos en general del Código Civil y Comercial regula la prelación normativa diciendo:

Quando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a. normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b. normas particulares del contrato; c. normas supletorias de la ley especial; d. normas supletorias de este Código.” Asimismo, el artículo 964 expresa en relación a la Integración del contrato que: “...El contenido del contrato se integra con: a. las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b. las normas supletorias; c. los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

Ambos dispositivos normativos buscan orientar al intérprete sobre prelación del derecho positivo e integración del derecho contractual. Por otro lado, en materia de responsabilidad el artículo 1709 establece que:

... En los casos en que concurren las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a. las

normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b. la autonomía de la voluntad; c. las normas supletorias de la ley especial; d. las normas supletorias de este Código.

Finalmente, en el Título III referido a los Contratos de consumo, en su capítulo sobre las relaciones de consumo, artículo 1094 manifiesta en cuanto a la interpretación y prelación normativa que:

... Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.” Y el artículo 1095 en cuanto a la interpretación del contrato de consumo que: “...El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

Evidentemente, el nuevo código intenta imponer un cambio de paradigma. Cuestiones que han sido evaluadas con otra lupa, con otros parámetros normativos merecerán hoy un nuevo análisis bajo estos nuevos lineamientos.

Prelación normativa del Código Civil y Comercial Argentino con la legislación vigente

Luego de repasar las incorporaciones efectuadas por el nuevo código corresponde conjugarlas con la normativa que hemos analizado en el apartado III, a la que en su conjunto denominé —a meros fines didácticos— como un *binomio normativo*. Incumbiría en primer lugar descifrar cuáles serían aquellas normas que se conceptúan como “indisponibles” y cuáles las “supletorias”. El nuevo texto carece de una definición y es más, la redacción luce bastante confusa para el intérprete pues no explica cuáles califican como tal y cuáles no, por lo que será tarea de aquel descubrir qué norma aprecia como indisponible y cuál como supletoria.

A continuación, el problema a enfrentar nos invita a analizar el lugar que, la normativa aeronáutica como legislación especial, ocupa en la prelación normativa, veamos: El artículo 963 para contratos estipula en su

inciso a, que cuando concurren disposiciones del Código Civil y Comercial y de alguna ley especial, corresponde en primer lugar la aplicación de las “*normas indisponibles de la ley especial y de este Código*”.

Este sistema de prelación normativa es confuso, en tanto no se comprende si pone en pie de igualdad las normas indisponibles de la ley especial y las del código, en tal caso sin establecer cuál de ellas debe primar si fueran contradictorias, lo que llevaría a confusión, por ejemplo, en materia de prescripción liberatoria. Entonces, cabría preguntarse qué ocurre en caso que las disposiciones de la ley especial no sean compatibles o no coincidan con las del Código Civil y Comercial, al respecto entiendo que al estar primera las normas indisponibles de la ley especial, corresponde aplicar estas en primer lugar. Si la interpretación es contraria, a la enunciada al párrafo anterior tenemos que tener en cuenta que, en relación a la prelación normativa para causales de responsabilidad civil, el artículo 1709 establece que:

Ante la concurrencia de las “*disposiciones del Código con las de una ley especial prevalecen las normas indisponibles de este Código y de la ley especial*”. Claramente aquí las normas indisponibles del derecho aeronáutico se encuentran luego de las del Código Civil y Comercial.

Aquí la diferencia radica en el orden de prelación del inciso a) -normas indisponibles- que establecen ambos artículos (primero el Código en el ámbito de la responsabilidad civil y la ley especial en sede contractual). Por otro lado, el artículo 964 referido a la integración del contrato, incorpora un nuevo inconveniente ya que impone un orden en relación a los usos y costumbres que difiere del estipulado en el Artículo 2 del Código Aeronáutico Argentino:

Si una cuestión no estuviese prevista en este código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Las normas del libro 1 del Código Penal se aplicarán a las faltas y los delitos previstos en este código, en cuanto sean compatibles.

Ello en tanto, aquí, ocupan el tercer lugar luego de “las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas” y “las normas supletorias. Asimismo, al decir que: “Los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable” impone características que la legislación aeronáutica no posee al respecto.

Armonización del dilema existente en relación a la triple regulación que atraviesa al transporte aéreo

Analizada la problemática de la regulación que se desprende del nuevo Código, en materia de prelación normativa, corresponde armonizar el dilema existente en su conjunto. Una primera aproximación a la solución sería realizar la aplicación de la prelación establecida en el art. 1709 del CCC cuando el incumplimiento de la obligación (contractual) provoca un daño a la persona y, por el contrario, cuando el incumplimiento de la obligación no daña a la persona debería aplicarse la prelación establecida en el art. 963.

Sin embargo, aquí cabría preguntarnos qué ocurre si la normativa que se impone a través de esta aproximación, es incompatible con la protección de la figura más desfavorecida de la relación en este caso el consumidor. En este meollo la única solución o (salida) posible que observo es a través de la aplicación del artículo 1094, en tanto expresamente dice “... En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”. Esta solución integraría el sistema tuitivo del derecho de los consumidores regulado en la Ley 24.240 y en el nuevo código con el sistema contractual regulado en la legislación aeronáutica dejando a un lado el artículo 63 de la Ley 24.240.

Empero, se podría criticar esta propuesta indicando que una solución de este tipo implicaría de algún modo atentar contra la autonomía del derecho aeronáutico. En respuesta a ello corresponde recordar que el Estado ha reafirmado la supremacía del derecho tuitivo en tanto normativa que intenta equilibrar una relación en donde una de las partes se encuentra en desventaja.

Conclusiones

El análisis efectuado me conduce a inferir que el pasajero, en tanto usuario del transporte aéreo, está comprendido en la normativa de defensa del consumidor vigente, siempre dentro del ámbito de aplicación de la citada ley. Sin embargo, importante parte de la doctrina se pregunta si aplicar esta legislación, puede llegar a colisionar con la consagrada autonomía del derecho aeronáutico. Vimos que la misma está prevista en el artículo 2 del Código Aeronáutico que luego de agotar la legislación y principios aeronáuticos, remite al derecho común y a los principios generales del mismo.

De este modo, la imperatividad de la protección de los derechos de los pasajeros es motivo suficiente para indicar el camino a seguir, creo sin dudas que la soluciones deben provenir del derecho aeronáutico materia especializada que regula la problemática en estudio, sin embargo, es vital un cambio de paradigma, y la sanción de normativa específica que desde esta rama de la ciencia jurídica regule la situación. Hasta que ello ocurra, el derecho aeronáutico se verá atravesado por el nuevo régimen tuitivo. Asimismo, este impacto no puede vaciar de contenido a dos ramas autónomas, sino que al mínimo de orden público las amolda la contemporaneidad del siglo XXI.

Podemos concluir, entonces, que el derecho del transporte, al menos el aeronáutico que nos toca analizar hoy, necesariamente se ve cada vez más relacionado o atrapado por el derecho del consumidor por ser esta última una regulación tuitiva. Entiendo que la solución propuesta respecto de la armonización del tríptico normativo analizado, no sería útil para resolver todas las vinculaciones (o roses) jurídicas que existen entre el derecho aeronáutico, la legislación común y el derecho de los consumidores y usuarios. No obstante, es la única que entiendo resuelve de cuajo, conforme a la estructura constitucional Argentina, el problema respecto de los derechos de los pasajeros del transporte aéreo.

Referencias

- Aguirre Ramírez Fernando (1998). Perdida de los límites de responsabilidad del transportador aéreo en la Convención de Varsovia. *Ateneo del Transporte Revista N 23*Año 9 diciembre 1998.
- Amabile Cibils María. (1975) Responsabilidad aeronáutica. Modificación del Sistema de Varsovia La Haya Protocolo de Guatemala de 1971y de Montreal de 1975. LL 1993-A-1007.
- Barbado, Patricia B (2015). El transporte de personas en el Código Civil y Comercial, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Contratos en particular* (abril), Buenos Aires, Argentina 2015. Cita Online: AR/DOC/1140/2015.
- Blauzwim Sigfredo. Transporte aéreo, Convenio de Montreal de 1999. LL 2001-c, 1073.
- Cejas, M. A. (2001) “El overbooking en la jurisprudencia Argentina”, *Temas de Aviación Comercial y Derecho Aeronáutico y Espacial*, Alada, Buenos Aires.
- Cejas Miguel Ángel (2006). Derechos de los usuarios en el transporte aéreo. Ponencia de las XXXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la aviación Comercial.
- Cosentino Eduardo T. (2006) Derechos de los Usuarios en el transporte aéreo, *Legislaciones Convergentes. Daño Moral*. Ponencia de las XXXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del espacio y de la aviación.
- Farina, Juan M. (1995) “Defensa del consumidor y del usuario”, Astrea, Buenos Aires.
- Folchi, Mario Cosentino, Eduardo (2017) “Derecho Aeronáutico y Transporte Aéreo”. Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina.
- Folchi, Mario O (2007) Un abordaje aéreo y el cáncer de la limitación de la responsabilidad. LLBA 2007 (julio), 633 comentario del fallo “Freggiaro Roberto M y otro c Aeroclub lujan y otros”.
- Hernández, Adriana Angélica (2002). El pasajero aeronáutico como usuario de un servicio de transporte público. PONENCIA n° 63 en el VII Congreso Internacional de Derecho de Danos Responsabilidades en el siglo XXI. Impacto de la globalización. El rol del Estado. Consti-

tucionalización de los nuevos derechos. - Fac. de Derecho - Univ. de Buenos Aires. Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2002

- Lena Paz, Juan A. (1987) Compendio de Derecho Aeronáutico. Buenos Aires: Plus Ultra.
- Mosset Iturraspe (2012) La vigencia del distingo entre obligaciones de medio y de resultado en los servicios, desde la perspectiva del consumidor. Revista La Ley, año LXII, nro. 24.
- Picasso, Sebastián (2014) La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado en: Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 151. Cita Online: AR/DOC/3926/2014.
- Piris, Cristian Ricardo (2016). Defensa del consumidor y análisis económico del derecho. Departamento de Derecho - Facultad de Ciencias Económicas - UNNE. Las Heras 727 - (3500) Resistencia - Chaco - Argentina.pag. 3
- Rodríguez Jurado Agustín. (2000) El convenio de Montreal de 1999. LL07/01/04,1.
- Rodríguez Jurado Agustín. (2000) El pasaje aéreo: deberes y obligaciones de pasajeros y transportistas. Ateneo del Transporte. Revista N 29 Año 11 diciembre 2000.
- Vassallo Carlos María (2000). Transporte Aéreo de Pasajeros, de Carga y de Equipaje en la Convención de Montreal de 1999. Ateneo del Transporte Revista N 53 Año 22 julio 2010.
- Videla Escalada, Federico N. (2000) Manual de Derecho Aeronáutico. Buenos Aires: Zavalía.
- Zavala de González Matilde. Transporte Aéreo. Derecho Aeronáutico-Daños y Perjuicios. Limitación del resarcimiento en tragedias aéreas. LL 1999-f-1074.

Capítulo 12



Aprendizaje servicio en la intervención sociojurídica de la problemática ambiental. Estudio de caso: estudiantes de Consultorio Jurídico en la comunidad del barrio San Pedro, Cartagena, Colombia¹

Laura Hernández Dager², Alonso Cortina Acevedo³,
María de la Encarnación Reyes⁴

Resumen

Las experiencias y conocimientos obtenidos a partir de la sistematización de experiencia de la intervención socio jurídica de consultorio jurídico de la Universidad del Sinú, exaltan la importancia del trabajo social en cuanto a la realización de servicios comunitarios, generando desde la academia una educación integra, rica en valores que permita a los estudiantes crear conocimientos a partir de la solución de problemáticas que vulneran o amenazan derechos de tipo colectivo, y a obtenerlos a partir de la labor voluntaria, desinteresada y solidaria de ayudar en equipo a un grupo de personas que necesitan que sus derechos sean protegidos. En este proyecto de sistematización se recopilaron los elementos documentales que rindieron cuenta de los proyectos sociales ya anteriormente

1 Aprendizaje obtenido del proyecto “Sistematización de experiencia educativa del consultorio jurídico de la escuela de derecho de la universidad del Sinú sede Cartagena periodo (2012-2018), como escenario de construcción de ciudadanía y formación en valores éticos, cívicos y morales

2 Abogada, especialista en Contratación Estatal, maestrante en Intervención Social En Las Sociedades Del Conocimiento. Docente vinculado al grupo de Investigación Sociedad y Derecho de la Universidad del Sinú Seccional Cartagena.

3 Abogado, especialista en Derecho administrativo y gestión pública, doctorado en Ciencias Políticas. Docente vinculado al grupo de Investigación Sociedad y Derecho de la Universidad del Sinú Seccional Cartagena.

4 Abogada, Especialista en Derecho Comercial y Magister en Educación. Docente vinculado al grupo de Investigación Sociedad y Derecho de la Universidad del Sinú Seccional Cartagena.

realizados por estudiantes, docentes y directivos de Consultorio Jurídico, se recuperaron fotografías, grabaciones y expedientes que evidencien el desarrollo de cada una de las actividades programadas, además, se revisaran los productos obtenidos a partir de estos elementos documentales por parte de cada uno de los participantes. El enfoque de esta sistematización fue de tipo cualitativo, a través del uso de fuentes primarias como la entrevista y el nuevo aprendizaje producto de la discusión de los grupos focales integrados por los participantes del proyecto, cuyo espacio permitió la recolección de experiencias, creencias, y sensaciones de los participantes y el punto de vista personal respecto al papel que desempeñaron dentro de la investigación, y si existió un cambio en la manera de visualizar la problemática social antes- después de culminar la labor.

Palabras clave: sistematización de experiencia, aprendizaje servicio, formación en valores, construcción de ciudadanía, comunidad de aprendizaje mutuo.

Abstract

The experiences and knowledge obtained from the systematization of the experience of the socio-legal intervention of the legal office of the University of Sinu, exalting the importance of social work, in terms of community service, generating from the academy an integrated education, rich in values that allows students to create knowledge from the solution of problems that violate or threaten collective rights, and to obtain them from the voluntary, disinterested and supportive work of helping a group of people who need their rights to be protected. In this systematization project, documentary elements were compiled that accounted for the social projects already carried out by students, teachers and directors of the Legal Consultancy. Photographs, recordings and files were recovered to show the development of each of the programmed activities, and the products obtained from these documentary elements by each of the participants were also reviewed. The focus of this systematization was qualitative, through the use of primary sources such as the interview and the new learning resulting from the discussion of the focal groups integrated by the project participants, whose space allowed the collection of experiences, beliefs, and sensations of the participants

and the personal point of view regarding the role they played within the research, and whether there was a change in the way of visualizing the social problem before–after the work was completed.

Keywords: systematization of experience, service learning, training in values, construction of citizenship, community of mutual learning.

Introducción

La sistematización de experiencias es una técnica de investigación que tiene como finalidad generar conocimiento y establecer el aprendizaje obtenido de una experiencia a través de la interpretación crítica de las misma que se logra con la participación activa y protagónica de quienes formaron parte de ello, se materializa por lo general, en nuevas propuestas, en especial, aquellas que dejan un trasfondo en la educación integral de profesionales.

La sistematización de experiencias educativas es un enfoque de investigación, donde el producto que se obtiene a partir de esta es invaluable para el fortalecimiento de las escuelas, universidades y demás instituciones educativas, porque a partir de ella pueden llegar a obtener un aprendizaje con base en las experiencias de sus estudiantes, en programas y proyectos en los que se encuentren vinculados, dado que coadyuva al fortalecimiento de su formación y a obtener una educación de calidad.

Por otro lado, el servicio solidario, como pedagogía de aprendizaje, destinado a atender necesidades reales y sentidas de una comunidad, protagonizado activamente por estudiantes desde el planeamiento a la evaluación, y articulado intencionadamente con los contenidos de aprendizaje es de real importancia para el desarrollo y la formación de los estudiantes. A través de este servicio se genera un conocimiento y dan atención a una necesidad sentida de la comunidad, guiado por sus docentes e instituciones de educación, sin importar cuál sea su categoría.

Sin embargo, hasta el segundo periodo del año 2016, se inició la implementación de esta pedagogía en la Escuela de Derecho de la Universidad del Sinú a través de Consultorio Jurídico, por lo cual se hace necesaria la sistematización de esta experiencia para generar conocimiento por medio

de esta y establecer cuáles fueron los alcances de su implementación y si generó un gran impacto en la formación de los estudiantes que hicieron parte de ella.

Metodología

La sistematización de experiencia se define como un proceso reflexivo crítico que se da en el contexto de grandes evoluciones sociales, donde lo cívico, lo ético y lo educativo se encuentran ligados, la sistematización permite plasmar prácticas y que se enuncien contribuciones conceptuales por parte de los y las actores de los procesos educativos.

En el proceso se observa el planteamiento realizado por Jara (citado por Carvajal, 2018) quien diseña un modelo en el que se estructuran cinco pasos pertinentes para realizar una sistematización: primero, un punto de partida, que supone la presencia de los participantes en todo el proceso investigativo a fin de generar registros documentales; segundo, preguntas iniciales que implican el por qué se desea realizar la sistematización y cuál es la experiencia que se desea sistematizar, ello como forma para precisar el tiempo y el espacio en el cual se va a trabajar; tercero, la recuperación del proceso vivido, que indica reconstruir la experiencia como pasó, con los sucesos más relevantes y menos relevantes; cuarto, la reflexión de fondo, que supone un análisis profundo de todo el proceso, y quinto, el punto de llegada, en el cual se generan conclusiones acerca de la experiencia sistematiza.

Para la elaboración, aplicación y análisis de los instrumentos de recolección de información se identificaron como categorías de análisis las siguientes: la innovación social universitaria, aprendizaje servicio solidario, formación en valores en la educación superior y logros y dificultades del proceso. La recopilación de datos aplicada a la sistematización es cualitativa, es de naturaleza exploratoria, la cual implica un análisis e investigación a profundidad. Los métodos de recolección de datos cualitativos se enfocan principalmente en obtener ideas, razonamientos y motivaciones, por lo que profundizan en términos de investigación.

Debido a que los datos cualitativos no se pueden medir, se prefieren métodos recopilación de datos que estén estructurados de forma limitada. Por lo tanto, para la sistematización de información se han utilizado las fuentes primarias las cuales están integradas por registro fotográfico, las entrevistas estructuradas, y las conclusiones obtenidas a través de los grupos focales; y la fuente secundaria serán los libros y artículos relacionados con el tema en específico.

Caso objeto de sistematización

El caso objeto de observación fue un proyecto denominado *Estudio diagnóstico de problemas urbanísticos asociados con la vulneración de derechos colectivos de la población del barrio San Pedro*, que tuvo como objetivo diagnosticar la problemática medio ambiental que compromete los derechos colectivos y la sana convivencia en la comunidad del barrio San Pedro. El proyecto fue desarrollado con los estudiantes de los últimos semestres de derecho, del consultorio jurídico de la universidad del Sinú seccional-Cartagena.

Se realizó intervención jurídica con derechos de petición, tutelas y acción popular con el fin de que los entes gubernamentales dieran solución a la problemática en la cual está inmersa la comunidad, ya que por esta causa están padeciendo enfermedades de la piel y respiratoria, especialmente en época de invierno. La administración interrumpida que la ciudad ha padecido los últimos años, no da seguridad en el mantenimiento de los diferentes focos de infección medio ambiental que se presentan.

Perfil de los participantes

Uno de los propósitos trazados en la sistematización es establecer el perfil de los participantes para poder ilustrar y describir como se participó en el desarrollo de la experiencia durante la intervención en el barrio de San Pedro. Los docentes involucrados en el proyecto de intervención del barrio San Pedro y los estudiantes al igual que los líderes que han realizado acompañamiento e interés al momento de solicitar y dar la información requerida para poder llegar a las entidades responsables de velar por el bienestar de la comunidad.

La sistematización de experiencias como generadora de conocimiento. ¿Por qué sistematizar?

El concepto de sistematización de experiencias surgió en América Latina como esa lucha por hallar una interpretación a las realidades sociales, fue así como la definición conceptual que se tenía cambió y se pasó del asistencialismo al trabajo social conceptualizado, tomando auge la sistematización en esa nueva etapa, ese proceso se veía como aquel cuya finalidad era la de recuperar, ordenar, precisar y clasificar aquello considerado como saber del servicio social, dándole así un carácter científico-técnico a dicho asunto que era considerado como un servicio social carente de estatus o reconocimiento en la sociedad.

Esa noción de sistematización fue creciendo, y se comenzó a hablar del asunto en distintos escenarios, tales como en el de educación, donde, sin duda alguna, más se desarrolló. Lo primero que se advirtió fue la diferencia entre sistematización de experiencias y sistematización de información, haciendo la salvedad de que la primera hace referencia a ese esfuerzo que es complejo y cualitativo, toda vez, que son procesos sociohistóricos de índole personal o colectivo, abordando la realidad desde una dimensión objetiva y subjetiva, es decir, de manera exclusiva no se aborda dicha sistematización desde la recolección, clasificación u organización de datos, así puede decirse que es un proceso más profundo, siendo la recolección de datos una de las principales características de la sistematización de información.

Pero, ahora bien, ¿por qué sistematizar? Este es el interrogante que se plantea todo investigador que enfrenta un proceso de sistematización. Es así como expertos e investigadores llegan a un mismo punto, y es que esta permite articular la reflexión que emerge de lo que se vive con otras aproximaciones teóricas, y así lograr comprender más allá de la descripción e inmediatez la realidad que se percibe. Además, dicho proceso facilita una reflexión tanto individual como colectiva en torno a una práctica vivida, realizando así una reconstrucción ordenada, sistemática y lógica de lo que se vivió, lo que permite una nueva mirada, una nueva idea y noción sobre lo que se vive, se experimenta, es decir, sobre el tema objeto de sistematización.

Es aquí donde se analiza cómo y por qué se relacionan los factores objetivos y subjetivos de una manera determinada o peculiar a lo largo de dicha experiencia, se puede determinar cuáles fueron los factores más activos y determinantes, como también cuáles fueron los primario o secundarios; no dejando de lado las continuidades, o no continuidades, contradicciones y aquellas rupturas que se dieron en el proceso sistematizado y por qué se dieron.

De la forma antes señala la sistematización se convierte en condición de probabilidad para que se pueda comprender teóricamente y en un nivel de abstracción y generalización mayúsculo, siendo la particularidad de la experiencia y, por tanto, que se pueda asumir con una intencionalidad transformadora hacia el futuro. La importancia de sistematizar (o el por qué hacerlo) radica en que la sistematización traduce las experiencias en fuente primaria de aprendizaje inigualable e insuperable, ello con el fin de encontrar en la realidad de los procesos vividos desafíos específicos para una acción transformadora, así como también pistas que orientan los factores que permitirán probables caminos conducentes al horizonte al que se quiere llegar.

Cuando se sistematiza una experiencia se le da valor a las iniciativas de personas que se enfrentaron a una problemática social en aras de brindar alternativas de resolución y, con ello, coadyuvar en la reconstrucción del tejido social. Por eso al sistematizar se trae a colación emociones, momentos, dificultades, aciertos y desaciertos ocurridos durante la experiencia, así como las ilusiones, las capacidades y los esfuerzos de cada una de esas personas que hicieron parte del proceso.

Las experiencias sistematizadas permiten fortalecer la capacidad de generar nuevas propuestas y más cuando esa experiencia o proceso sistematizado va articulado con metodologías a la vanguardia, tales como el AySS, es decir, el *aprendizaje y servicio solidario*, donde el investigador pone a disposición de su grupo focal o comunidad todos sus conocimientos y recibe también de esa sociedad del conocimiento nuevos aprendizajes significativos que le facilitan la capacidad de gestión de proyectos y procesos propios que van dirigidos a las necesidades de las distintas comunidades o grupos sociales desde todas las ópticas, esto es, desde el ángulo de la salud, educación, participación comunitaria, igualdad, equidad de género, entre otros.

Lo señalado permite, con fuerzas propias, transformar realidades y, desde luego, impulsar otros actores para que se sumen a proyectos similares.

La sistematización de experiencias es una herramienta vital a la hora de identificar los aciertos y desaciertos de cualquier experiencia o proceso de intervención, es así como se encamina a hacer visible y comunicable todos los conocimientos productos de una intervención con la finalidad de transformar y generar cambio social en aquellas comunidades vulnerables a la cual se le busca garantizar su subsistencia, integración y hasta su desarrollo cultural, constituyendo lo anterior igualdad y tejido social. Es la sistematización de practicas la que pretende explicitar, organizar y, por tanto, hacer comunicables, los saberes adquiridos en la experiencia, convirtiéndolos, por consiguiente, en conocimientos producto de una reflexión crítica sobre la práctica (Barnechea y Morgan 2010).

Expertos han coincidido en afirmar que la sistematización tiene su sustento en dos bases epistemológicas, que se sintetizan en lo siguiente, según Barnechea y Morgan, (2010):

Por un lado, se asume que quienes producen conocimientos sobre una práctica son, a la vez, actores de ésta. Por lo tanto, se parte de la unidad entre sujeto y objeto del conocimiento: el sistematizado pretende producir conocimientos sobre su propia práctica, sobre sí mismo y su acción en el mundo. En segundo lugar, la sistematización se basa en la unidad entre quien sabe y quien actúa, lo cual le confiere un carácter muy particular a los conocimientos que se producen. Mediante la sistematización no se pretende sólo saber más sobre algo, entenderlo mejor; se busca, de manera fundamental, ser y hacer mejor: el saber está al servicio de ello. (p. 103)

Lo anterior lleva a decir que si en la sistematización hay unidad entre quien actúa y quien sabe, entre el sujeto y el objeto de la sistematización, entonces, estamos frente a los dos componentes epistemológicos. Así las cosas, se debe resaltar que la sistematización ha sido poco explorada, es decir, son pocos los procesos a los cuales se les identifica falencias y fortalezas, razón por la cual no es posible transmitir conocimientos difusos ni retroalimentar esos momentos académicos que constituyen las experiencias.

Para efectos de sistematización, en la experiencia obtenida de la práctica de Consultorio Jurídico de la Universidad del Sinú, seccional Cartagena, se realizó un instrumento aprobado y avalado por comité de Bioética, el cual se fundamenta en una entrevista semiestructurada que busca orientar la producción de nuevo conocimiento vinculados al servicio de la práctica y de los intereses que tienden a la transformación social.

A través de la sistematización de experiencias se busca la evaluación del proyecto, de tal suerte, que se pueda corroborar el cumplimiento de los objetivos planteados en el mismo, ello encaminado al polo del conocimiento y al enriquecimiento del conocimiento práctico que los educandos, docentes y ciudadanos pertenecientes a las comunidades con las que se trabajó, perciban que el proceso tuvo frutos que son de gran utilidad para otros procesos, que abren la puerta a nuevos proyectos y ayuda a identificar fallas y falencias con el fin de no cometer dichos errores en nuevos eventos.

Los procesos de sistematización buscan materializar la apropiación del sistematizador con el proyecto ya ejecutado, siendo ello una de las razones por las cuales se le conoce también como práctica investigativa de negociación cultural y generacional, es esta apropiación la que lleva a los sujetos a “ejercer un conocimiento pertinente a un contexto histórico, a un sentido político/social y a visiones alternativas de escenarios posibles, en los que, ejerciendo el conocer, construyen lo social” (Ghiso, Mejía, Mariño, Torres y Cendales, 2004, p. 20).

La sistematización es fundamental al defender en investigaciones los espacios donde es vital todo lo pertinente a percepciones, sentimientos, opiniones de quienes fueron parte en la experiencia objeto de análisis y sistematización, convirtiéndose en un ejercicio formativo en el que se encuentra implícito una dimensión oral donde hay una voz que busca tejer sentidos y con ello significados. Además, en ella se encuentra también una dimensión escriturada, la cual facilita la producción y difusión del conocimiento adquirido, permitiendo lo anterior mostrar todos los registros que se recolecten, entre ellos, imágenes, videos, testimonios, agradecimientos, audios, notas, salida de campo, actas de reuniones, diagnósticos, memorias, talleres. Lo señalado optimiza el proceso de comunicación que pretende hacer efectivo el sistematizador.

Es menester resaltar que esa comunicación debe hacerla el investigador bajo un lenguaje comprensible, apartado de toda naturaleza científica, ello en aras de que el mensaje sea fácil de descifrar por parte de aquellos ciudadanos no expertos en el tema objeto de análisis y estudio. Toda sistematización va en aras de reconstruir la historia, hacer un análisis crítico y reflexivo de la experiencia producto del proceso, comunicar y difundir lo aprendido y extraído de dicha sistematización.

Por último, es menester traer a colación los principios que orientan la sistematización de experiencias, estos se resumen en:

Centralidad de la experiencia, vista esta como procesos sociales cargados de conocimientos significativos; participación:

Se trata de una práctica que convoca, promueve y prioriza éticamente la participación activa y protagónica de los/las personas que hicieron parte de la experiencia a estudiar, pues, son esos hombres, mujeres y niños quienes le dieron rumbo a tal vivencia, quienes sintieron y se implicaron con lo vivido, quienes conocieron de esas situaciones de vida que se entretajeron para que diera lugar a lo que sucedió” (Clocier, 2014. p. 18).

Construcción colectiva de conocimiento, entendido como aquel que para Clocier (2014):

Proviene de la integración, análisis y reflexión de los saberes vivenciales y teóricos que los actores de la experiencia poseen en torno a ella. No es el resultado de la decisión de uno de los actores sino del consenso entre los participantes, de la confrontación y del diálogo horizontal. Es decir, es una construcción de los participantes apoyada en un enfoque interpretativo”. (p. 19)

Intencionalidad política, se entiende como aquella que, según (Clocier, 2014): Favorece su empoderamiento en las condiciones del proceso socio político que atraviesa nuestro país el cual requiere de prácticas comprometidas con las transformaciones que se desarrollan en su marco y que permitan, a la misma vez, dejar registro de lo que se está haciendo. Por esta razón ya se puede observar la realización de sistematizaciones y de procesos

de formación en torno a ella, en diferentes organizaciones del Poder Comunal, sectores culturales, educativos, populares, entre otros. (19)

Actualmente los procesos de sistematización traen consigo metodologías que optimizan los procesos, una de ellas es el aprendizaje y servicio solidario, siendo este uno de los puntos fundamentales de este trabajo objeto de sistematización, entendiendo el concepto como aquel destinado a “atender necesidades reales y sentidas de una comunidad, protagonizado activamente por estudiantes desde el planeamiento a la evaluación, y articulado intencionadamente con los contenidos de aprendizaje” (Jiménez, 2012. p. 3).

Es precisamente el servicio solidario el que facilita a los estudiantes la aplicación de lo aprendido en las aulas de clases, de tal suerte que los educandos pueden transmitir sus conocimientos y, desde luego, adquirir nuevos conocimientos que le permiten el desarrollo de competencias tales como las pertinentes a la participación ciudadana, en medio de esas realidades y contextos nuevos para ellos. Es el servicio solidario ese que lleva a acciones solidarias, tendientes a generar cambios y transformaciones sociales, ello en aras de la reconstrucción del tejido social, sea cual sea la comunidad donde el o los estudiantes se encentren ejecutando dichas acciones.

Cabe anotar que “el desarrollo de una práctica de aprendizaje-servicio de calidad implica un aprendizaje riguroso, vinculado estrecha y simultáneamente a una acción solidaria planificada, que procura impactar en forma positiva y medible sobre la vida de una comunidad” (Jiménez, 2012, p. 4). Lo anterior lleva a decir que el estudiante, en este caso, el educando de Derecho, tiene como tarea principal responder a las necesidades de esas comunidades vulnerables que requieren no de asistencialismo sino de una verdadera intervención, que en este evento es socio jurídica, consolidando el estudiante con esta propuesta socioeducativa todos los conocimientos trabajados y adquiridos en sus clases, logrando con ello lo que busca el Servicio Solidario y es la educación integral, más allá de una innovación de índole social.

El AySS como también se le conoce al aprendizaje por servicio solidario, tiene unos componentes que son inherentes al mismo y que por tanto lo caracterizan, estos se resumen en lo siguiente:

- Aprendizaje: es el elemento educativo, el cual está estrechamente articulado con los valores y conocimientos que el estudiante adquiere.
- Servicio solidario: este apunta a las acciones altruistas que son producto de la motivación de cada educando.
- Aprendizaje y servicio solidario: es el aprendizaje que se articula con la ciudadanía, es decir, con esas vulnerables comunidades carentes de intervención Estatal y sociojurídica.

Las principales características del AySS apuntan a que es una estrategia pedagógica innovadora, la cual es versátil y susceptible a adaptarse en todos los grados educativos, ya que desde su aplicación en cualquiera grado responde a necesidades o realidades sociales, adquiriendo a través de estas conocimientos y habilidades que le permiten al educando fortalecer sus procesos educativos y aquellos tendientes a la proyección social.

El AySS es un método pedagógico reflexivo y completamente activo que se presta para el trabajo con distintas redes, permitiendo ello activar las Instituciones educativas, las distintas academias con la finalidad de trabajar en un mismo sentido, con el mismo norte y bajo la misma causa. Son las alianzas las que consolidan verdaderos procesos formativos y transformadores, siendo esto último lo que también caracteriza al AySS.

Los proyectos de aprendizaje y servicio solidario implican lo siguiente:

- Fortalecen la calidad educativa porque para solucionar problemas concretos hay que saber más que para dar una lección o rendir una evaluación, y porque en el terreno se aprenden conocimientos, se adquieren competencias y habilidades que no pueden encontrarse en los libros
- Educan para la ciudadanía, porque no se agotan en el diagnóstico o la denuncia, sino que avanzan en el diseño y ejecución de acciones transformadoras de la realidad.

- Son prácticas inclusivas porque alientan el protagonismo— aun de aquellos con capacidades diversas o condiciones de máxima vulnerabilidad— y contribuyen a superar la pasividad al comprometerse activa y eficazmente en proyectos de desarrollo local.
- Permiten articular redes entre la institución educativa y las organizaciones de la comunidad, lo cual facilita la tarea docente y permite encontrar soluciones conjuntas a problemas comunes.
- • Cambian la visión social de los niños, niñas y jóvenes, que dejan de ser un “problema” o “la esperanza del mañana” para convertirse en activos protagonistas del presente. (Nieves, et al., 2017, p. 13)

Es el AySS el que genera actitudes prosociales, las cuales implican formar al estudiante con valores, empatía frente a las dificultades y problemáticas sociales, pero sobre todo formarlos integralmente. El componente prosocial busca que la comunidad objeto de intervención quede satisfecha con el servicio prestado. En síntesis, es el AySS (aprendizaje y servicio solidario) una metodología reciente, que apenas está siendo experimentada por las diversas instituciones educativas, academias y casas de estudio que tienen como finalidad la formación integral de sus educandos. Es el aprendizaje y servicio solidario la nueva herramienta con la que se cuenta para poner a disposición de comunidades vulnerables todos los conocimientos y afianzar los mismos a través de los nuevos aprendizajes adquiridos en ese proceso.

Aprendizajes obtenidos en la sistematización, fortalezas, debilidades

Teniendo en cuenta la población que se interviene y la importancia de crear vínculos de confianza para el trabajo colaborativo que se realiza, se identifican los derechos colectivos vulnerados y se reafirma el compromiso que adquiere el estudiante con la comunidad y el proceso de aprendizaje.

Se debe tener en cuenta que en las comunidades también se comparten experiencias de vida, manifiestas en la sugerencia del análisis de una película, por ejemplo, como parte del proyecto se realiza un cine foro, con temas que son escogidos por estudiantes y miembros de la comunidad,

siendo muy enriquecedor para todos los actores compartir en un mismo lugar de encuentro desde la diversidad y complejidad de diversos estratos sociales, generándose, por supuesto, un valioso conocimiento informal.

Dentro del proyecto de intervención se evidenció que uno de los mayores inconvenientes fue la imposibilidad de reunir a todos los miembros de la comunidad en un mismo momento, del mismo modo, que todos estuvieran de acuerdo con la representación al momento de la intervención jurídica, ya que algunos miembros pretenden hacer protagonismo de alguna manera y no aceptan que líderes de la comunidad se preparen o se capaciten.

En algunos momentos el espacio resultaba reducido para los asistentes a la capacitación, toda vez que, por lo general, los líderes llegaron con personas que no hacen parte de la comunidad con la finalidad de conocer el proyecto de intervención, pues estaban interesadas en conocer cómo se realizan y cómo podrían acceder a un acompañamiento del consultorio para poder resolver algunos asuntos o conflictos jurídicos presentados en la comunidad.

Conclusiones

A manera de síntesis, se puede decir que el proceso de sistematización de experiencias de Consultorio Jurídico de la Universidad del Sinú, seccional Cartagena en el lapso que va desde el 2012 hasta el año 2018 ha sido clave en la formación integral que le brinda la Escuela de Derecho a sus estudiantes, la cual gira en torno a valores y al hecho de que el estudiante debe conocer y enfrentar las problemáticas que aquejan a su sociedad, de tal suerte que el educando plantee alternativas de resolución a estas comunidades vulnerables y en ocasiones carentes de intervención Estatal, generando con ello un cambio y la reconstrucción del tejido social.

El estudiante de Derecho unisinuano debe ser sensible frente a las necesidades presentes en el contexto donde se encuentran, debe ser sujeto activo en la intervención sociojurídica, no está llamado al asistencialismo sino a procesos nutritivos, tales como el AySS conocido como el aprendizaje y servicio solidario, metodología que le permite al futuro abogado poner a disposición de la comunidad objeto de intervención todos sus

conocimientos y también estar atento así como presto a adquirir nuevos aprendizajes producto de la observación e interacción, ejercicio propio de cualquier proceso.

El AySS genera autosostenibilidad, igualdad de condiciones, retroalimentación del proceso y una comunicación más efectiva, donde ningún actor está por encima de otro, allí todos tienen algo por aportar y por aprender, es el aprendizaje y servicio solidario la herramienta clave en todo proceso de intervención social significativo donde no hay actores secundarios, allí todos tiene el mismo protagonismo y el mismo valor, siempre que el proceso sea dirigido a alguna sociedad del conocimiento.

Sin duda alguna, el asunto de sistematizar experiencias aún le falta más protagonismo en la academia, los investigadores contemporáneos están en la obligación de encontrar la importancia de este tipo de investigaciones, teniendo presente que son fundamentales a la hora de evaluar los procesos, logrando con ello hallar sus falencias, los aspectos positivos y exitosos.

A través de la sistematización de experiencias se reconstruye la historia y se logra evocar todos los momentos vividos durante esa experiencia significativa, con esto se corrobora si en realidad se cumplieron los objetivos planteados al inicio del proyecto, e identificando nuevos problemas a partir de la experiencia sistematizada.

Sistematizar es reconstruir, evaluar, analizar y proponer, es autoanalizar lo propuesto, logrando identificar las ventajas y desventajas en lo realizado, así como también los beneficios que dicho proceso le produjo a la comunidad o sociedad objeto de sistematización. Teniendo siempre presente que en este tipo de proyectos se busca hacer efectivas las garantías mínimas de esas personas vulnerables. El profesional de hoy día debe ser sensible frente a las necesidades y problemáticas que padece su sociedad, permitiéndole ello ser sujetos activos en los procesos de transformaciones sociales.

Para la Escuela de Derecho de la Universidad del Sinú Elías Bechara Zainúm seccional Cartagena, este proyecto de sistematización ha sido clave; identificar las ventajas y desventajas de todo el proceso ha sido enriquecedor porque con base en ello se han identificado los aciertos,

desaciertos y falencias que, sin lugar a dudas, fortalecen los procesos que actualmente cursan en la Escuela y generan la posibilidad de comenzar otros que tengan fines similares.

No hay que olvidar que la Escuela de Derecho procura la formación integral y en valores de sus educandos, logrando con ello sensibilizarlos y que sean ellos quienes permeen sus realidades sociales, que entiendan la magnitud de la responsabilidad que tienen como profesionales y como personas que se dedicarán a garantizar los derechos de los demás, sin importar raza, religión, posición social o cualquier otro factor discriminatorio. El profesional del Derecho debe ser una persona capaz de apersonarse y luchar contra las asimetrías sociales, es él el encargado de proponer alternativas de resolución que generen igualdad y bienestar, es este el competente para coadyuvar en la materialización de los fines estatales. Es el estudiante de Derecho el llamado a dirigir sus acciones al bienestar común o también conocido bienestar general, cumpliendo de esta forma a cabalidad su misión y desde luego su juramento.

Referencias

- Barmecha, M, y Morgan, M. (2010). La sistematización de experiencias: producción de conocimientos desde y para la práctica. *Revista Tendencias & Retos*, (15), 97-107.
- Carvajal, A. (2018). Teoría y práctica de la sistematización de experiencias. Programa Editorial UNIVALLE.
- Clocier, L. (2014). Sistematización de experiencias. Una práctica sentí-pensante para la transformación social. <http://www.cepalforja.org/sistem/bvirtual/wp-content/uploads/2014/09/Clocier-sistematizacion-senti-Pensante.pdf>
- Ghiso, A., Mejía Jiménez, M. R., Mariño, G., Torres, A., & Cendales, L. (2004). Sistematización de experiencias, propuestas y debates. Bogotá: Dimensión Educativa.
- Jiménez, A. (2012). Hacia el aprendizaje-servicio solidario. <https://www.educacion.navarra.es/documents/27590/202898/1+Hacia+el+aprendizaje+y+servicio+solidario.pdf/d722c0d2-7941-426d-831d-01a53a7e3aab>

Aprendizaje servicio en la intervención sociojurídica de la problemática ambiental.
Estudio de caso: estudiantes de Consultorio Jurídico en la comunidad del barrio San
Pedro, Cartagena, Colombia

Nieves, M., Montes, R, Gimelli, A. Maidana, M., Bridi, G. Scala, A., Tholke,
C., Puglia, E. (2017). Cómo desarrollar proyectos de aprendizaje
y servicio solidario en educación media (secundaria y enseñanza
técnica). Ediciones CLAYSS, Buenos Aires/



Edición digital

Aportes del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR en la resolución de conflictos, años 2018-2020.

Marzo, 2022

Sincelejo, Sucre, Colombia

Aportes del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR en la resolución de conflictos, años 2018-2020

El rol del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe-CECAR, en el departamento de Sucre, pretende determinar el papel que juega este consultorio jurídico en el desarrollo y la calidad de vida de todos los habitantes del departamento de Sucre, siendo una oficina con las puertas abiertas ubicada en la capital Sincelejo; pero con brigadas jurídicas realizadas constantemente a todos los municipios del departamento, trasladándose así todos los funcionarios con la finalidad de ofrecer y prestar los servicios que legalmente pueden realizar, cumpliendo con un precepto constitucional y dándole desarrollo a una proyección social determinante.



Colección

Derechos Humanos y Construcción de Paz