

Berónica Narváez Mercado
Jorge Armando Valdelamar Montes
Editores

Derechos Humanos y Construcción de Paz N° III

**Acceso a la justicia y construcción
de paz: Aportes y discusiones
desde el Consultorio Jurídico y
Centro de Conciliación de
CECAR, años 2016-2018**



Acceso a la justicia y construcción de paz. Aportes y discusiones desde el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR, años 2016-2018

Berónica Narváez Mercado y Jorge Armando Valdelamar Montes

Editores

Autores

*Katia Marcela Palencia Sánchez
Nubia Elena Valdelamar Támara
Cristian Daniel Pérez Avendaño
Sandra Elena Anaya Sierra
Gunkel Romero Gutiérrez
Edgardo Tadeo Lorduy Viloría
Jorge Armando Valdelamar Montes
Jaison Sierra Ramírez
Sindry Murillo Calderin
Jaime Navarro Galindo
Berenice Albis Salas
Nubia Elena Valdelamar Támara
Elida Rosa Parra Castro
José Pablo Arrieta Oviedo
Pedro Juan González Ortiz
Pedro Luis González Gómez
Wilson Alonso Montoya Gaviria
Gina Paola Arroyo Jaramillo
Daniela Montes Arrieta
Luisa Fernanda Vásquez Cotera
Mónica Vega Hernández
Norly Villegas Peña
Berónica Narváez Mercado
Patricia Osorio Coley
Alonso Cortina Acevedo*

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

Corporación Universitaria del Caribe - CECAR

Noel Morales Tuesca

Rector

Alfredo Flórez Gutiérrez

Vicerrector Académico

Jhon Víctor Vidal

Vicerrector de Ciencia, Tecnología e Innovación

María Eugenia Vides

Decana de la Facultad de Derecho

Luty Gomez CÁCERES

Director de Investigaciones

Jorge Luis Barboza

Coordinador Editorial CECAR

Editorial.cecarr@cecarr.edu.co

Colección Investigación

© 2020. Acceso a la justicia y construcción de paz. Aportes y discusiones desde el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR, años 2016-2018

ISBN: 978-958-8557-91-5 (impreso)

ISBN: 978-958-5547-80-3 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.21892/978-958-5547-80-3>

Editores: Berónica Narváez Mercado, Jorge Armando Valdelamar Montes.

Autores: Katia Marcela Palencia Sánchez, Nubia Elena Valdelamar Támara, Cristian Daniel Pérez Avendaño, Sandra Elena Anaya Sierra, Gunkel Romero Gutiérrez, Edgardo Tadeo Lorduy Vilorio, Jorge Armando Valdelamar Montes, Jaison Sierra Ramírez, Sindry Murillo Calderin, Jaime Navarro Galindo, Berenice Albis Salas, Nubia Elena Valdelamar Támara, Elida Rosa Parra Castro, José Pablo Arrieta Oviedo, Pedro Juan González Ortiz, Pedro Luis González Gómez, Wilson Alonso Montoya Gaviria, Gina Paola Arroyo Jaramillo, Daniela Montes Arrieta, Luisa Fernanda Vásquez Cotera, Mónica Vega Hernández, Norly Villegas Peña, Berónica Narváez Mercado, Patricia Osorio Coley, Alonso Cortina Acevedo.

Sincelejo, Sucre, Colombia.

Acceso a la Justicia y construcción de paz. Aportes y discusiones desde el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR, años 2016-2018 / Katia Marcela Palencia Sánchez...[et al.]; Berónica Narváez Mercado, Jorge Armando Valdelamar Montes, editores y compiladores. -- Sincelejo : Editorial CECAR, 2020.

306 páginas : ilustraciones ; 23 cm.

Incluye referencias al final de cada capítulo.

ISBN: 978-958-8557-91-5 (impreso)

ISBN: 978-958-5547-80-3 (digital)

1. Justicia social 2. Paz 3. Conciliación 4. Derechos humanos 5. Protección civil 6. Asistencia social 7. Contratos-arrendamiento 8. Servicios de salud 9. Tutela I. Palencia, Katia II. Valdelamar, Nubia III. Pérez, Cristian IV. Anaya, Sandra V. Romero, Gunkel VI. Lorduy, Edgardo VII. Valdelamar, Jorge VIII. Sierra, Jaison IX. Murillo, Sindry X. Navarro, Jaime XI. Albis, Berenice XII. Parra, Elida XIII. Arrieta, José XIV. González, Pedro J. XV. González, Pedro Luis XVI. Montoya, Wilson XVII. Arroyo, Gina XVIII. Montes, Daniela XIX. Vásquez, Luisa XX: Vega, Mónica XXI. Villegas, Norly XXII. Narváez, Berónica XXIII. Osorio, Patricia XXIV. Título.

303.3728613 A169a 2020

CDD 21 ed.

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

Tabla de Contenido

<i>Introducción</i>	5
<i>MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA MEDIANTE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO EN EL DISTRITO JUDICIAL DE SINCELEJO, COLOMBIA, DURANTE LOS AÑOS 2016 – 2017</i>	9
Katia Marcela Palencia Sánchez	
Nubia Elena Valdelamar Támara	
Cristian Daniel Pérez Avendaño	
<i>PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, CIERTOS E INDISCUTIBLES DE LOS TRABAJADORES DE SINCELEJO, DURANTE EL AÑO 2017</i>	37
Sandra Elena Anaya Sierra	
<i>EL DERECHO DE PETICIÓN COMO FACTOR DE DESCONGESTIÓN JUDICIAL EN EL MUNICIPIO DE SINCELEJO – ANÁLISIS DESDE LA PRÁCTICA DEL CONSULTORIO JURÍDICO DE CECAR, DURANTE LOS AÑOS 2016 Y 2017</i>	56
Gunkel Romero Gutiérrez	
Edgardo Tadeo Lorduy Viloría	
<i>INCIDENCIA DEL PROCESO MONITORIO COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE CRÉDITO EN LOS PROCESOS ADELANTADOS EN LOS JUZGADOS CIVILES MUNICIPALES DE SINCELEJO, AÑOS 2016 Y 2017</i>	89
Jorge Armando Valdelamar Montes	
Jaison Sierra Ramírez	
Sindry Murillo Calderin	
<i>CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO MONITORIO: REFLEXIONES DESDE LA EXPERIENCIA DEL CONSULTORIO JURÍDICO DE CECAR, AÑO 2018</i>	111
Jaime Navarro Galindo	
Berenice Albis Salas	

EFFECTOS DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE BIEN INMUEBLE ARRENDADO ORIGINADOS EN CONTRATOS CELEBRADOS DE FORMA VERBAL, AÑO 2017 133

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

MECANISMOS DE INFORMACIÓN SOBRE LAS RUTAS DE PROTECCIÓN A LOS PACIENTES EN CASO DE FALLA DEL SERVICIO: ESTUDIO DE CASO HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, AÑO 2017..... 164

Pedro Juan González Ortiz
Pedro Luis González Gómez
Wilson Alonso Montoya Gaviria

LA CONCILIACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA COMO FACTOR DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN DE CECAR, SINCELEJO, SUCRE, AÑOS 2016 A 2018..... 211

Gina Paola Arroyo Jaramillo
Daniela Montes Arrieta
Luisa Fernanda Vásquez Cotera

PROCEDENCIA LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS DE TUTELA DE CONFORMIDAD CON LA SENTENCIA SU- 627 DEL 2015 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. 226

Mónica Vega Hernández
Norly Villegas Peña

CARACTERÍSTICAS Y PERSPECTIVAS DE LA TRANSITORIEDAD DEL ARBITRAJE NACIONAL COLOMBIANO COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS A LA LUZ DE LA LEY 1563 DE 2012..... 260

Berónica Narvárez Mercado
Patricia Osorio Coley

JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y MORALIZACIÓN DEL DERECHO, UN RETO PARA LOS CONSULTORIOS JURÍDICOS EN COLOMBIA 283

Alonso Cortina Acevedo

Presentamos un libro resultado de investigación, producto del proyecto de investigación de Convocatoria Interna, aprobado por Junta Directiva, denominado acceso a la justicia y construcción de paz: aportes y discusiones desde el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR, de los años 2016-2018, vinculado al Grupo de investigación Socio Jurídica GISCIER, que da cuenta del análisis del derecho de acceso a la justicia como un derecho fundamental consagrado por la Constitución Política de 1991, y que debe materializar uno de los fines del Estado Social de Derecho, mas sin embargo, en la realidad se observa vulneración de este derecho por distintos factores. Dentro de las estrategias que el Estado adopta para la satisfacción de esta garantía constitucional, resulta relevante el aporte que los consultorios jurídicos y centros de conciliación realizan a la materialización de este derecho. Por tanto, esta investigación realiza un análisis y muestra los aportes de estos centros de prácticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de CECAR, en materia de acceso a la justicia en el departamento de Sucre y la región de los Montes de María en Colombia.

En un primer momento, se estudia el impacto del derecho de petición no solo como instrumento jurídico para el ejercicio de un derecho fundamental, sino como un elemento de descongestión judicial, ya que por este mecanismo constitucional, se resuelve en instancias extrajudiciales, muchas de las controversias generadas por la insatisfacción de derechos tanto en las relaciones privadas como públicas, frente a la materialización del derecho de acceso a la justicia mediante la conciliación extrajudicial en derecho. Acto seguido, se realiza un análisis sobre los aportes a la protección de los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores de Sincelejo desde la práctica jurídica de este centro de proyección social. Ahora bien, atendiendo que ningún ejercicio práctico se puede hacer sin la observancia de las innovaciones jurídicas y procesales, se hace una discusión procesal y académica sobre la incidencia del proceso monitorio como garantía del derecho de crédito en los procesos adelantados en los juzgados civiles municipales

de Sincelejo, generando un ejercicio de caracterización de dicho trámite procesal desde la experiencia del consultorio jurídico de CECAR.

En consonancia con el primer aparte de esta introducción, y atendiendo no solo la labor social desarrollada por este centro de práctica, en la presente obra se hace un análisis de los aportes del Centro de Conciliación de CECAR a la materialización del derecho de acceso a la justicia mediante la conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo, Colombia, con un énfasis especial en los procesos conciliatorios en materia de familia como factor de acceso a la administración de justicia de conformidad con las altas estadísticas manejadas por este centro sobre procesos conciliatorios en esta área del derecho. En el mismo sentido, se estudiarán los efectos de la conciliación extrajudicial en derecho en los procesos de restitución de bien inmueble arrendado originados en contratos celebrados de forma verbal, como un ejercicio de análisis de los efectos de esta figura jurídica en esta relación civil. Para alimentar la discusión doctrinal, además de estos análisis de la práctica jurídica judicial y extrajudicial, se adiciona una reflexión sobre las características y perspectivas de la transitoriedad del arbitraje nacional como mecanismo alternativo de solución de conflictos a la luz de la Ley 1563 de 2012, como mecanismo alternativo de solución de conflicto y elemento de acceso a la justicia.

Por otro lado, realizando una lectura del entorno, y como resultado de las lecturas de las realidades sociales y jurídicas, se incluye un estudio sobre los mecanismos de información sobre las rutas de protección a los pacientes en caso de falla del servicio: estudio de caso Hospital Universitario de Sincelejo, considerando su importancia ligada a los procesos que en la materia se adelantan en el Consultorio Jurídico.

Finalmente, y luego de una discusión puntual sobre los aspectos sobre el rol del consultorio jurídico y centro de conciliación en el marco de garantía de acceso a la justicia y construcción de paz, como punto de reflexión, se realiza un ejercicio reflexivo sobre la procedencia la acción de tutela contra sentencias de tutela de conformidad con la Sentencia SU- 627 del 2015 de la Corte Constitucional de Colombia, como una invitación a abrir la discusión sobre el particular y promover el debate jurídico desde los centros de prácticas de las Facultades de Derecho de Colombia.

Acceso a la justicia y construcción de paz.
Aportes y discusiones desde el Consultorio
Jurídico y Centro de Conciliación de
CECAR, años 2016-2018

MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA MEDIANTE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO EN EL DISTRITO JUDICIAL DE SINCELEJO, COLOMBIA, DURANTE LOS AÑOS 2016 – 2017

Katia Marcela Palencia Sánchez¹
Nubia Elena Valdelamar Támara²
Cristian Daniel Pérez Avendaño³

Resumen

La conciliación extrajudicial en derecho, celebrada en el Centro de Conciliación constituye una herramienta para garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia, en la presente investigación se describió y conceptualizó la conciliación extrajudicial como derecho fundamental, su historia, existencia y competencia de los centros en el distrito judicial de Sincelejo. Se desarrolló con base a un diseño metodológico organizado en distintas fases, principalmente un análisis de las estadísticas del Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, durante los años 2016 y 2017, el cual permitió la realización de los resultados y conclusiones, identificando el que el aporte del Centro de Conciliación de CECAR

1 Doctorante en Ciencias políticas y de la Administración y Relaciones Internacionales, Magister en gobierno y Administración Pública, Especialista en Derecho Público. Abogada. Adscrita al Centro de investigación Sociojurídicas de la Corporación Universitaria del Caribe GISCER. Directora de Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR. Email: Katia.palencia@cecar.edu.co

2 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”. Abogada y Conciliadora en Derecho, Email: nubia.valdelamart@cecar.edu.co

3 Especialista en Derecho Procesal Civil y Gerencia de la Hacienda Pública. Estudiante del programa de Economía de la Universidad de Sucre. Abogado y Conciliador en Derecho. Funcionario judicial y Docente Universitario. Email: cristian.perezav@cecar.edu.co

a la materialización del derecho de acceso a la justicia mediante la conciliación extrajudicial en derecho es idóneo, eficaz y de gran utilidad para la comunidad, toda vez que el análisis estadístico denota que el porcentaje de audiencias realizadas en las diferentes áreas del derecho, en las que el centro tiene competencia, es mayor a las demandas presentadas ante los juzgados, por los mismos usuarios del centro.

Palabras clave: Conflicto, Justicia, MASC, Conciliación, Centro de Conciliación.

Abstract

The extrajudicial conciliation in law, held at the Conciliation Center is a tool to ensure effective access to the administration of justice, in this investigation described and conceptualized the extrajudicial conciliation as a fundamental right, its history, existence and competence of the centers in the judicial district of Sincelejo. It was developed based on a methodological design organized in different phases, mainly an analysis of the statistics of the Conciliation Center of the Corporación Universitaria del Caribe CECAR, during the years 2016 and 2017, which allowed the realization of the results and conclusions, identifying that the contribution of CECAR's Conciliation Center to the materialization of the right of access to justice through extrajudicial conciliation in law is ideal, effective and very useful for the community, since the statistical analysis shows that the percentage of hearings held in the different areas of law, in which the center has competence, is greater than the claims filed before the courts, by the users of the center themselves.

Keywords: Conflict, Justice, Alternate Dispute Resolution Mechanism, conciliation, conciliation centre.

Introducción

Los Centros de Conciliación de los Consultorios Jurídicos de las Facultades de Derechos de las Universidades, en su objeto de creación tienen una función de proyección social, en los distintos distritos judiciales donde se encuentren ubicados; la proyección social consiste en acceder a la problemática de la cotidianidad en general, especialmente a la población de escasos recursos, y proporcionarles una pronta solución. Es por esta razón que el presente capítulo de libro pretende desarrollar ¿cuáles son

los aportes del Centro de Conciliación de CECAR a la materialización del derecho de acceso a la justicia mediante la conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo (Colombia), durante los años 2016 – 2017?

Para el desarrollo del presente capítulo se trazó como objetivo general identificar cuáles son los aportes del Centro de Conciliación de CECAR a la materialización del derecho de acceso a la justicia mediante la conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo (Colombia), durante los años 2016 – 2017. Para darle cumplimiento al objetivo anteriormente descrito se diseñaron tres objetivos específicos, los cuales son conceptualizar el Derecho de acceso a la justicia desde la ley y la jurisprudencia, describir la figura de la conciliación extrajudicial en derecho desde los centros de conciliación y el análisis de las estadísticas del Centro de Conciliación durante los años 2016 – 2017.

El capítulo de libro desarrollado es de gran relevancia, pertinencia e impacto debido a que sus resultados van dirigidos a socializar el aporte del Centro de Conciliación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, a toda la comunidad en general. A lo largo de esta investigación trataremos de culturizar a la población del distrito judicial de Sincelejo y zonas aledañas, sobre la gran importancia de solucionar sus conflictos de manera pacífica, garantizando así el derecho de acceso a la administración de justicia de manera ágil, voluntaria y gratuita, además contribuyendo en la descongestión de los despachos judiciales. El impacto de esta investigación se medirá a partir del análisis estadístico de número de casos y solicitudes atendidas por el Centro de Conciliación durante el periodo establecido en la presente investigación.

En cuanto a la utilidad que representará la investigación para el Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR, es identificar los aportes del Centro a la materialización del derecho de acceso a la justicia mediante la conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo (Colombia), durante los años 2016 – 2017. También permitirá hacer un seguimiento del trabajo realizado, con la finalidad de medir la calidad y efectividad del servicio prestado, así mismo, será útil puesto que dentro de sus resultados se dejará un instrumento consistente en una matriz donde se organizará toda la información y esta permitirá analizar más fácilmente la efectividad y el aporte del centro en los tramites conciliatorios que en él se desarrollan y podrá ser utilizada para el análisis de futuras investigaciones.

Por otra parte, en lo atinente a la utilidad para los investigadores, el desarrollo del presente capítulo implicará un crecimiento en el ámbito personal, profesional y académico, permitiéndonos razonar sobre la figura de la conciliación extrajudicial en derecho, y además nos servirá para nuevas competencias y experiencias en el campo de la investigación.

Metodología

El diseño metodológico del presente capítulo es de naturaleza mixta, en el entendido que se realizará un estudio cualitativo y cuantitativo, con un nivel hermenéutico. La investigación es de tipo cualitativa porque se pretende describir cual es el aporte del Centro de Conciliación de CECAR a la materialización del derecho de acceso a la justicia mediante la conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo (Colombia), durante los años 2016–2017, así mismo, es de tipo cuantitativo porque para darle cumplimiento al objetivo general en ejecución de los objetivos específicos, se realizará un análisis estadístico a través del cual determinaremos cuantas solicitudes, acuerdos, constancias de inasistencias, no acuerdos, retiros de solicitudes y otros resultados se obtuvieron durante el periodo en mención en el Centro de Conciliación de CECAR.

Por otro parte, esta investigación es de carácter jurídico con un enfoque epistemológico. Es jurídica porque las fuentes principales objeto de análisis son normatividades que rigen el derecho de acceso a la administración de justicia, la conciliación extrajudicial en derecho, la competencia de los Centros de Conciliación de Consultorios Jurídicos (Ley 270 de 1996, Ley 446 de 1998, ley 640 de 2001 y demás normatividad relacionada), además, tiene un enfoque epistemológico porque se realizará un análisis estadístico que se interpretará y describirá a lo largo del desarrollo de la presente investigación, a partir de datos existentes en el archivo del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR.

Para darle cumplimiento a los objetivos específicos trazados en la presente investigación se ha planteado el siguiente diseño metodológico:

- **Fase 1:** Para darle cumplimiento al objetivo específico número uno se realizará un rastreo bibliográfico para conceptualizar el acceso de administración de justicia como un derecho fundamental, adicionalmente se mencionarán distintas alternativas que permita establecer la evolución en relación al tema establecido.
- **Fase 2:** En cuanto al objetivo específico número dos se realizará un rastreo bibliográfico para conceptualizar la figura de la

conciliación extrajudicial en derecho, posteriormente se diseñará una matriz de información sobre la existencia, competencia de los centros de conciliación y funcionarios habilitados para conciliar.

- **Fase 3:** Finalmente para lograr el objetivo específico número tres, se realizará la revisión y análisis de las estadísticas del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR durante los años 2016 y 2017, en cuanto a los resultados obtenidos (acuerdo total, acuerdo parcial, no acuerdo, inasistencias, fijación de nueva fecha y retiro de la solicitud), la revisión de los seguimientos a los acuerdos conciliatorios suscritos en el centro para verificar el cumplimiento de las actas. Los resultados se reflejarán a través de unas graficas de información que nos permitirán determinar el aporte del Centro de Conciliación de CECAR a la materialización del derecho de acceso a la justicia, en el distrito judicial de Sincelejo (Colombia), durante los años 2016 – 2017.

Fuente de análisis

Dentro de las fuentes que utilizadas se encuentran las estadísticas de los años 2016 y 2017, los seguimientos a los acuerdos conciliatorios celebrados en los periodos objetos de la investigación, los nuevos seguimientos que se realizaran para verificar el cumplimiento de dichos acuerdos, el libro de expedición de primera copia para demanda, documentos estos propias del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de CECAR. También se tendrán en cuenta otras fuentes como libros, capítulos de libro, trabajos de grado y demás producciones bibliográficas referentes al tema estudiado, en general se utilizará todas las leyes, los decretos y jurisprudencias existentes de la materia objeto de investigación.

Antecedentes

Es de gran importancia destacar la evolución histórica de la conciliación iniciando desde el derecho colombiano para posteriormente puntualizar la evolución histórica Internacional. La conciliación es tan antigua como lo es la humanidad y el derecho *ubi societas ibi jus* (donde hay sociedad, hay derecho) (García, 2013), la figura de la conciliación en Colombia tiene su origen después de la independencia, se da inicio a ella con la expedición de la Ley del 13 de mayo de 1825, propuesta por Simón Bolívar, en la que se reglamentó el requisito de procedibilidad para demandar en la jurisdicción

civil, eclesiástica o militar, un suceso que marco la figura de la conciliación fue: que el alcalde se enterará de las razones que aleguen y procurará transigirlas y avenirlas entre sí por las medidas suaves de una conciliación amigable (López, 2002).

Luego de realizar un rastreo bibliográfico se precisó en acontecimientos de gran relevancia para el derecho internacional para la figura de la conciliación, algunos de esos momentos históricos destacados por la jurisprudencia, (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 15 de diciembre de 1948), fueron:

- En Roma: Una parte de la doctrina encuentra antecedentes en la ley de las doce tablas, manifestando que uno de sus textos daba fuerza obligatoria a lo que convinieran las partes intervinientes al momento de ir a juicio.
- Legislación Portuguesa: Con el código Manuelino, a partir del año 1521, se ordenó acudir a la conciliación antes de cualquier otra instancia.
- En España: Con la ley de enjuiciamiento civil de 1855, se le dio carácter obligatorio al trámite de conciliación para poder iniciar un juicio.
- Legislaciones como la francesa, la española, la italiana, la alemana y la argentina establecen la conciliación como obligatoria antes de acudir a otras instancias judiciales.

En Colombia a partir de la Constitución de 1991 (Constitución Política de Colombia), consagrado como un Estado social de derecho, se incluyó la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, principalmente en su artículo 116 presentó el marco legal para la existencia de otras formas de justicia diferentes a la ordinaria o tradicional, como una salida práctica, efectiva y alterna para coadyuvar en la solución de conflictos familiares, civiles y comerciales. Nuestra carta fundamental hace manifiesta la conciliación, así: Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Tabla 1
Normativas en Colombia

NORMATIVI- DAD	TEMA QUE REGULA
Ley 23 de 1991	Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones.
Ley 446 de 1998	... se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.
Ley 640 de 2001	Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.
Ley 270 de 1996	Estatutaria de la Administración de Justicia (reformada por la Ley 1285 de 2009)
Ley 1395 de 2010	Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial.
Ley 1563 de 2012	Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.
Ley 1564 de 2012	Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.
Decreto 1818 de 1998	Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.
Decreto 2511 de 1998	Por el cual se reglamenta la conciliación extrajudicial contencioso administrativa y en materia laboral previstas en la Parte III, Título I, capítulos 1, 2 y 3, Secciones 1, 2 y 3 de la Ley 446 de 1998, y en los artículos 19, 21 y 22 del Código Procesal del Trabajo.
Decreto 1214 de 2000	Por el cual se establecen funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y se dictan otras disposiciones.
Decreto 2771 de 2001	Por medio del cual se reglamenta el artículo 42 de la Ley 640 de 2001.
Decreto 1829 de 2013	Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012.
Decreto 1069 de 2015	Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho

Elaborada por los investigadores en mención, con base en las leyes vigentes en materia de Conciliación en Colombia.

La tabla anteriormente relacionada hace alusión a las leyes y decretos que dieron estructura a todos los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos – MASC, que conforman la llamada justicia alternativa. Las leyes 446 de 1998, 640 de 2001, 1563 de 2012 y el Decreto 1069 de 2015, definen y regulan actualmente la conciliación, el arbitraje, la amigable composición, la transacción y la negociación.

Para adentrar en el tema objeto de investigación es necesario tener claridad frente a la definición de algunos conceptos que serán tratados a lo largo del capítulo, ellos son:

Conflicto: Debe entenderse por conflicto las diferencias o controversias entre una o más personas, ocasionadas en razón a diferencia de intereses contrapuestos, desigualdades e inconformidades; ocasionalmente los seres humanos pensamos o afirmamos que los conflictos son de naturaleza negativa, sin embargo, no todos los conflictos obedecen a un estado negativo, pueden ser constructivos.

Justicia: Es el **conjunto de valores** que nos permite juzgar respetando la verdad y dándole a cada uno lo que le corresponde.

Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos: Es considerado como un conjunto de herramientas a través del cual las personas pueden gestionar sus diferencias, de manera ágil, eficiente, pacífica, eficaz, voluntaria, y con plenos efectos legales; de ahora en adelante MASC.

Conciliación: La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismo la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador (Ley 446, 1998).

Centro de Conciliación: Es aquel autorizado por el Ministerio de Justicia y del Derecho para que preste el soporte operativo y administrativo requerido para el buen desarrollo de las funciones de los conciliadores (Decreto 1829 , 2013).

Derecho de acceso a la justicia desde la ley y la jurisprudencia colombiana

Desde el inicio de los tiempos y a través de la historia, los seres humanos han vivido en conflicto, entendiendo por conflicto una situación de guerra, lucha, oposición de intereses en que las partes no ceden, choque o colisión de derechos o pretensiones (Cabanellas, 1976); Igualmente, las personas siempre han intentado y tratado de hacer todo lo posible para solucionar las diferencias surgidas entre ellas. En nuestro país, con miras de

resolver los conflictos entre las personas se ha creado un puente entre los ciudadanos con conflictos o controversias y la solución de los mismos, este es el derecho de acceso a la administración de justicia.

Antes de hablar del derecho de acceso a la justicia, es preciso recordar el concepto de justicia, esta es definida por la Real Academia Española (2018) como: el principio moral que implica dar a cada quien lo que le corresponde o pertenece, o podríamos ampliar el mismo concepto conforme a la definición del Congreso de Colombia, el cual mediante la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270., 2009), define la justicia como un valor superior establecido en la Constitución Política que debe orientar la acción del Estado y debe asegurar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado Social de Derecho, y alcanzar la convivencia pacífica entre los ciudadanos, y que genera responsabilidad de quienes están encargados de ejercerla.

A partir de la Constitución de 1991, donde se da el paso al Estado Social de Derecho, desde su preámbulo se consagró a la justicia como un valor supremo, de esa manera, el acceso a la administración de justicia adquiere la connotación de un derecho fundamental, enmarcado especialmente en el artículo 228 que la define como una función pública, determinando que las decisiones que en virtud de ella se tomen son independientes, y que todas las actuaciones que se den en ocasión a ella serán públicas y permanentes con las excepciones que la ley determine, siempre prevaleciendo el derecho sustantivo sobre el adjetivo (Constitución Política de Colombia , 1991).

Por su parte gracias al artículo 229 de la Carta política se garantiza el derecho que tiene toda persona para acceder a la administración de justicia y se deja abierta la posibilidad de que la ley determine en qué casos las personas podrán acceder a este derecho sin la representación de abogado, lo cual ya ha sido regulado por la ley, existiendo hoy la posibilidad de que las personas actúen en nombre propio, en los asuntos que así se ha determinado (Constitución Política de Colombia , 1991).

Igualmente, desde la jurisprudencia, se ha ampliado el concepto constitucional del derecho de acceso a la administración de justicia manifestando que este es la facultad que se le ha concedido a todas las personas residentes en Colombia para que, en condiciones de igualdad ante los *órganos* jurisdiccionales, protejan o busquen el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, respetando los procedimientos previamente establecidos y con total cumplimiento de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes, buscando

mantener la integridad del orden jurídico (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 1083, 2005).

Conforme a lo anteriormente mencionado, se puede decir que el Derecho de Acceso a la Administración de Justicia constituye una herramienta para proteger el conjunto de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente, siendo la garantía que tenemos las personas para que se aplique justicia, independiente de su naturaleza, condiciones y perjuicios. Es el reconocimiento o garantía que tiene todo ser humano de no tomar la justicia por su propia mano, sino de poder contar con el amparo del Estado para, a través del acceso a la administración de justicia, poder solucionar sus conflictos de manera legal, pacífica con igualdad de cada una de las partes con diferencia en sus intereses.

En este sentido, el estado colombiano es quien está obligado a proteger y garantizar una igualdad material, colocando en equidad y en el mismo punto de equilibrio a todo el que pretende reclamar sus derechos, siendo su deber garantizar el derecho a la administración de justicia, por ello debe permitir el fácil acceso a la jurisdicción a todos los ciudadanos, cuando consideren que sus derechos están siendo negados, violados o amenazados, para ello debe proporcionar la solución bajo los preceptos del ordenamiento vigente; solución que debe tener como resultado el fin al conflicto de manera justa, siempre fundamentado en el derecho sustancial, con una valoración e interpretación efectiva de la constitución y la ley.

Es preciso decir, que el acceso a la justicia es un derecho fundamental de aplicación inmediata, tal y como ha sido reconocido por la Corte Constitucional, el derecho a acceder a la justicia ayuda de manera efectiva al cumplimiento material de los fines esenciales e inmediatos del Estado, tales como son garantizar un orden político, económico y social justo, instar la convivencia pacífica, procurar por el respeto a la legalidad y a la dignidad humana y asegurar la protección de las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades dadas desde la constitución y el bloque de constitucionalidad.

El fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva también se encuentra consagrado en las normas de derecho internacional, especialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, por mencionar algunos. Conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 10, todas

las personas poseen el derecho de ser escuchadas, en forma pública y con justicia, por un tribunal u órgano judicial que sea imparcial e independiente, para la protección de sus derechos y el establecimiento de obligaciones o para examinar cualquier acusación contra ellas en materia penal, todo lo anterior en total igualdad de condiciones. Igualmente, en el mismo documento internacional, en el artículo 11.1 se determina que toda persona que sea acusada de delito goza de la presunción de su inocencia mientras no se demuestre lo contrario, en un juicio público en el que se aseguren todas las garantías para su defensa (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-426, 2002).

Por su parte, la Convención Americana (1969), en su Artículo 25, enuncia: que todas las personas tienen derecho a un recurso simple, *ágil* y efectivo ante los jueces o tribunales, que la proteja de todos aquellos actos que transgredan sus derechos fundamentales constitucional, legal o convencionalmente reconocidos, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Alcance y efectos del derecho a la administración de justicia

No debemos limitar el derecho de acceder a la administración de justicia, a la potestad de acudir físicamente ante los órganos de la Rama Judicial o las entidades que poseen ciertas funciones jurisdiccionales en virtud a la competencia conferida en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, sino ampliar esta posibilidad de poner en marcha el aparato judicial y de que la autoridad competente resuelva de fondo el asunto que le ha sido presentado, respetando el debido proceso y llevándose a cabo de manera oportuna (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-985 de 2005.)

En esa medida, el derecho a la administración de justicia no se entiende concluido con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; sino que debe ser efectivo (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1996), por lo cual el mismo no cumple su propósito con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que necesita que éstos sean realmente idóneos y efectivos, implicando esto que no es suficiente que esté establecido constitucional o legalmente o con que sea formalmente posible, sino que se requiere que sea materialmente apto para determinar si se ha incurrido o no en una afectación a los derechos humanos y en caso de que si se haya transgredido, brindar lo necesario para remediar la situación o para reparar el daño.

En este mismo sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado al interpretar el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos para definir cuándo no existe recurso judicial efectivo, expresando que no pueden tenerse como efectivos aquellos recursos que sean ilusorios, lo cual sucede, verbi gracia, cuando la rama Judicial no posee la independencia suficiente para decidir de forma imparcial, cuando faltan los mecanismos para cumplir sus decisiones o cuando se da un retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no permita al presunto afectado acceder al recurso judicial (Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.).

En una sociedad democrática como lo es la colombiana, sabemos que debe garantizarse el derecho de acceso a la justicia, pero este derecho se puede ver afectado cuando por motivos económicos o sociales, las personas son excluidas o están en desventaja ante los sistemas de justicia, como muchas veces ocurre en nuestro país en la práctica, cuando no se garantiza la igualdad de condiciones para que los habitantes de todo el territorio colombiano puedan acceder a las autoridades para la protección de sus derechos.

Distintas alternativas de acceso a la administración de justicia

A pesar de que el derecho a acceder a la justicia está protegido en Colombia desde la Constitución, encontramos que a gran parte de la población del país no se le garantiza efectivamente este derecho, principalmente por las siguientes causas: la desconfianza en los sistemas de justicia, el gran porcentaje de personas en condición de vulnerabilidad, los escasos servicios jurídico gratuitos e idóneos, el desconocimiento de los derechos y los trámites para garantizarlos, entre otros.

Por lo anterior, se hace necesario garantizar un amplio acceso a la administración de justicia, lo cual podría ser posible a través del trato igualitario de quienes acuden en busca de la misma, la representación legal adecuada y gratuita para aquellas personas que no tienen los recursos económicos, la debida información y orientación de los tramites y procedimientos para la protección de los derechos e intereses de las personas, la sensibilización de quienes administran justicia, la implementación de estrategias para promover la protección de los derechos humanos y crear programas de gestores jurídicos. De esta forma se podría ver mejor materializado, efectivamente, el derecho de acceso a la administración de justicia.

Todos los sujetos tenemos la posibilidad de ser parte en un proceso, pero no debemos mirar la administración de justicia solo desde ese punto de vista, es decir no quedarnos en que solo podemos acceder a la justicia a través de un proceso judicial, acudir ante un juez para que este sea quien nos ampare nuestros derechos, porque también pueden ser amparados haciendo uso de ciertas herramientas como los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos – MASC, como lo son la conciliación, el arbitraje, la amigable composición, la transacción y la negociación.

La aplicación de mecanismos como la conciliación extrajudicial en derecho tiene muchísimas ventajas en comparación con los medios tradicionales de administración de justicia, pues no solo se debe mirar como instrumento para solucionar el número de casos para descongestionar el aparato judicial, sino que se busca con el desarrollo de la audiencia que las partes lleguen a un acuerdo que sea satisfactorio y les permita a ambas partes ganar por igual, logrando una eficiencia de la administración de justicia, ahorrando mucho tiempo y dinero, resolviendo sus controversias de manera ágil y efectiva con la ayuda de un tercero neutral calificado, y sobre todo con la implantación de este mecanismo generamos una cultura de paz.

La conciliación extrajudicial en derecho como mecanismo alternativo de solución de conflictos

En periodos de tiempo moderno, las sociedades de distintas maneras han alternado en particulares formas de administrarse justicia a sí mismas. En diversidad de maneras estas han constituido mecánicas clásicas de proveerse justicia social, estableciendo esquemas procesales ampliamente basados en el ritualismo y la inflexibilidad legal, gestándose así en su mayoría los sistemas clásicamente dispositivos de administración de justicia, que recogen en la actualidad gran parte de las estructuras judiciales de los estados. Los anteriormente mencionados sistemas de administración de justicia, apelan a principios rígidos de formalidad procesal que permean todo el trámite, pero que nacen de la racionalidad misma de la humanidad por entregar justicia con garantías a quienes la peticionan.

Es entonces la racionalidad humana la que da forma a los sistemas de administración de justicia, dejando a un lado aspectos de la primitiva violencia en camino a la obtención de derechos. Siendo criterio ordenador de la administración de justicia, debemos mencionar que este es a la vez una aptitud presente en las partes que asumen un conflicto y

persiguen su resolución. De manera alternativa a los sistemas clásicos de administración de justicia, encontramos formas simplificadas de resolver los distintos conflictos en la sociedad como la conciliación extrajudicial en derecho. A la cual debemos decir que, en conjunto con los demás mecanismos alternativos de resolución de conflictos, plantean un camino alternativo para la consecución de subterfugio a los problemas que surgen en medio de la convivencia en sociedad. (De Zan, 2004)

Realizando un recorrido histórico simple desde los inicios de la humanidad y observando su devenir en relación a la vida en comunidades; se debe partir por pasados primitivos de comunidades nómadas bajo convivencia escasa, que, por imaginario colectivo actual, se perciben como basadas en la violencia y la imposición de la fuerza como dispositivo definidor de las disputas que pudieren surgir estando en convivencia, viniendo a ser la realidad algo más compleja que ello. Y aterrizando en etapas posteriores de la humanidad que sientan bases a lo que conocemos como modernidad, en el sentido de la tradición romana de occidente, del establecimiento de la norma positiva vigente, como estatuto regulador de las sociedades modernas y su convivencia social; forjando así los ya conocidos sistemas de administración de justicia.

Nuestra corte concibe la administración de justicia partiendo de esta como una función misional del estado y derecho de todo ciudadano colombiano decantando por vía de jurisprudencia su concepto, por lo que se ha establecido que esta es una función pública que debe ser entendida como un complemento del derecho constitucional del libre acceso a la jurisdicción, gracias al cual, las personas tienen la facultad de ser parte en un proceso promoviendo la actividad jurisdiccional que finalice con una decisión judicial referente a las pretensiones propuestas. Ciertamente, el artículo 229 Superior, (Constitución Política de Colombia, 1991), reconoce a todas las personas el derecho a obtener tutela judicial efectiva por parte de los jueces y tribunales que integran la administración de justicia, garantía que entraña la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción siendo parte en un proceso promoviendo la actividad jurisdiccional que concluya con una decisión final motivada, razonable y fundada en el sistema de fuentes (art. 230 de la C.P). También implica obviamente la existencia de pretensiones legítimas en cabeza de quienes accionan el aparato de la justicia. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-893 de 2001).

Lo anterior, puede constar como antecedente histórico de carácter general a lo que hoy llamamos la conciliación extrajudicial en derecho

como mecanismo alternativo de resolución de conflicto, que para los fines de esta investigación, debemos destacar que Colombia persigue la tradición romana, sentando en norma positiva esta racional forma de dar fin por parte los ciudadanos a sus conflictos; como lo explica Pablo Tomas Silva Mariño (2009) al aducir que “contrario a la creencia normal, la conciliación no es una figura moderna en el Derecho colombiano”, resaltando sí, un intenso desarrollo normativo y practico social, a partir de la consagración de la Constitución política Colombiana de 1991, pero que esta está presente en Colombia desde los inicios de su vida republicana en el siglo XIX con la promulgación de la ley 13 de 1825.

Podemos agregar, que, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, en Colombia, en referencia a la conciliación extrajudicial en derecho se conceptualiza un marco normativo disperso, que se aglutina finalmente con la ley 640 de 2001 y establece un concepto claro de esta, que recoge su importancia a nivel institucional, procesal y social. Es entonces, la conciliación parte de un sistema alternativo de administración de justicia en medio del juego de la ciudadanía y a su vez, un mecanismo basado en criterios de racionalidad, que permite a partir de la intervención de un tercero, neutral, imparcial y calificado, denominado conciliador, la solución del conflicto que se pudiere presentar entre las personas, quienes auto gestionan la solución de sus disputas conforme con la guía e intervención de este mencionado tercero.

Se le llama extrajudicial, porque partiendo de ser una forma alternativa a los sistemas de justicia tradicional, se surte por fuera de los procedimientos judiciales del sistema ordinario y general de administración de justicia en Colombia; aunque cabe decir, que está igualmente presente dentro de estos, como etapa procesal correspondiente y necesaria de la mayoría de formas que conoce la justicia ordinaria. La conciliación extrajudicial en derecho, es entonces punto intermedio entre la ciudadanía y la función de administrar justicia por parte del estado, puesto que permite en primer lugar delegar la tan importante labor de integrar equidad ciudadana por medio de la justicia y descongestiona los ya atestados estrados judiciales.

En Colombia, se debe decir, que hasta entrado el siglo XXI, aún se tenía por costumbre judicializar los problemas que surjan a diario; esto, a causa de la confianza legítima pero recelada en los medios que representa el estado y el poco merito a lo que no implique coercitividad y presencia de elevados funcionarios que por forzada labor impartan solución a los problemas ciudadanos. Viene ahora a ser la conciliación

extrajudicial en derecho, modificador de esa concepción tradicional de judicialización de los problemas por más comunes y simples que se tengan, agitando las bases mismas de la costumbre ciudadana de cómo solucionar sus problemas y cambiando la percepción general de esto al día de hoy. El establecimiento de la conciliación extrajudicial en derecho, como requisito de procedibilidad, consideramos, constituye una apuesta importante por modificar la forma en que racionalmente le impartimos solución a los problemas; lo es así porque el estado conmina por intermedio de la ley a que se recurra al dialogo y la gestión simple del conflicto en espacios preparados para ello, en compañía de personal igualmente calificado y con la confianza legítima de que allí también se consigue justicia.

Los centros de conciliación y los funcionarios facultados para el ejercicio como conciliadores, se constituyen en medios de facilitación para la solución de problemas ciudadanos, cuyas bases competitivas se encuentran establecidas en la misma ley. Es así que el legislador instituye límites no cerrados, sino más bien amplios de las competencias de los centros de conciliación, cercándose solamente en temas de derecho administrativo y laboral, que, bajo pronunciamiento expreso de la corte constitucional, restringió sus facultades y por consecuencia la competencia de los centros de conciliación y de algunos funcionarios del estado. En el ámbito territorial, donde se imparte análisis y se esquematizan los datos que resultantes de esta investigación, el departamento de Sucre y el municipio de Sincelejo en particular, existe una amplia oferta de centros de conciliación y funcionarios públicos facultados por la misma ley para el conocimiento de la conciliación extrajudicial en derecho.

Centros de conciliación de naturaleza privada en la región, se encuentran en primer lugar, aquellos dependientes de los consultorios jurídicos de facultades de derecho de las universidades que contengan dentro de su oferta académica el programa de derecho, como cumplimiento de un requisito que ley misma establece a efectos de la formación de los estudiantes de derecho y de la proyección social que es inherentes a estas instituciones de carácter privado; es así como encontramos de manera general en Colombia un total de ciento treinta y cuatro (134) Consultorios jurídicos y a partir de allí, los Centros de Conciliación anexos a estos (Dirección de Metodos alternativos de solución de conflictos, 2018); de los cuales en la zona del distrito judicial de Sincelejo, solo existen dos (2), siendo los Consultorio Jurídico

de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR y la Corporación Universitaria Antonio José de Sucre – CORPOSUCRE, los correspondientes.

Del lado de la iniciativa privada en el distrito judicial de Sincelejo, encontramos el Centro de Conciliación de la Fundación Liborio Mejía y el Centro de Conciliación y arbitraje “Centro Profesional de Justicia”. Se debe destacar, que la Cámara de Comercio de la ciudad posee su propio centro de Conciliación, que completa la oferta local de entidades que conocen de la conciliación extrajudicial en conjunto con el resto de entidades públicas facultadas expresamente por la ley para el conocimiento por materias de este mencionado mecanismo alternativo; tales como, los notarios del circulo notarial de Sincelejo, la Defensoría del Pueblo, la Personería Municipal, las comisarías de familia, las oficinas regionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, el Ministerio del trabajo, de competencia exclusiva para presidir conciliaciones en materia de derecho laboral y las procuradurías judiciales correspondientes de la región, de competencia exclusiva para el conocimiento de conciliación extrajudicial en materia de derecho administrativo.

Ahora bien, de las iniciativas particulares de centros de conciliación en el distrito judicial de Sincelejo, encontramos que estas a su vez se diferencian en relación a las competencias que conforme la ley establece; partiendo de la cuantía que con anterioridad la ley misma determina general y residualmente por intermedio del Código General del proceso en su artículo 25; sirviendo como criterio diferenciador del servicio que prestan los centros de conciliación en la ciudad. Es así que los centros de Conciliación adscritos a los Consultorios jurídicos de las facultades de derecho tanto de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR, como de la Corporación Universitaria Antonio José de Sucre – CORPOSUCRE, conocen de conciliaciones extrajudiciales en derecho exclusivamente sobre asuntos de mínima cuantía y más diferenciador aún resulta el hecho de que solo se atiende población de escasos recursos.

Resta entonces a las otras entidades presentes en el distrito judicial de Sincelejo, completar la oferta de centros de conciliación, que conozcan de conciliación extrajudicial en derecho de manera indistinta de su cuantía, en las que encontraremos al Centro de Conciliación Fundación Liborio Mejía, al Centro Profesional de Justicia y el centro de conciliación de la cámara de Comercio de esta ciudad. En la siguiente tabla ilustrativa; encontraremos un esquema simplificado por competencias, de los distintos centros y entidades que conocen de conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo, buscando instruir más acerca de las distintas

Materialización del derecho de acceso a la justicia mediante la conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo, Colombia...

rutas, por intermedio de las cuales los ciudadanos de esta comunidad pueden tener acceso a una completa administración de justicia, aclarando la labor que estas instituciones prestan a la comunidad.

Tabla 2

Centros y entidades que conocen de conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo

Naturaleza Jurídica de la entidad	Competencia por cuantías	Nombre de la entidad	Asuntos de que conoce
Publica	Mínima, Menor y Mayor	Funcionarios habilitados: Procuraduría, Defensoría del Pueblo, Ministerio de la protección social, ICBF, Comisaria de familia, personería, fiscalía.	Familia, civil, penal, laboral
Privada	Mínima, Menor y Mayor	Funcionarios habilitados: Notarias	Familia, civil
	Mínima	Centros de Conciliación de los Consultorios Jurídicos de: La Corporación Universitaria del Caribe – CECAR y La Corporación Universitaria Antonio José de Sucre – CORPOSUCRE.	Civil, familia, policivo y penal
Privada	Mínima, menor y mayor.	Centro de Conciliación “Corporación centro profesional de justicia: conciliación, arbitraje y amigable componedor”, Centro de Conciliación de la Fundación Liborio Mejía, y Centro de Conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio.	Civil, y familia

Nota: Elaborada por los investigadores en mención. Con base en los distintos centros y entidades que conocen de conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo.

Análisis de las estadísticas del Centro de Conciliación durante los años 2016 – 2017

Para identificar cuáles han sido los aportes del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, a la materialización del derecho de acceso a la justicia mediante la conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo – Colombia, en los años 2016 y 2017, hemos analizado las estadísticas del Centro para estos dos periodos, las cuales han arrojado los resultados a continuación descritos.

Resultados generales años 2016 y 2017

Resultados generales 2016

Resultados Generales 2016



Gráfica 1. Resultados generales año 2016

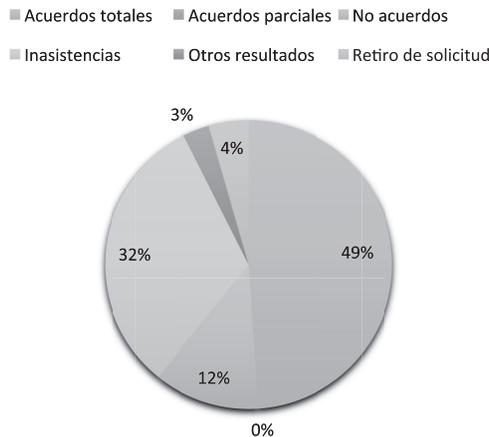
Fuente: Elaborada por los investigadores en mención, de la información obtenida de la Coordinación del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, año 2016.

La gráfica 1, arrojó los resultados generales obtenidos durante el año 2016, se organizó de acuerdo a las estadísticas finales realizadas por la coordinación del Centro de Conciliación de CECAR, obteniendo como resultados 180 acuerdos totales, 126 inasistencias, 50 no acuerdos, 19 retiros de solicitudes y 1 acuerdo parcial, teniendo 376 resultados en general. A partir del análisis estadístico de la gráfica N° 1 el mayor porcentaje arrojado es de 180 acuerdos totales, correspondientes al 48% de los casos tramitados en el centro, lo que significa que en el año

2016 el aporte del Centro de Conciliación fue bastante significativo para la población de Sincelejo y sus alrededores, logrando así la solución de diferentes conflictos de manera pacífica, gratuita y ágil, siendo los usuarios los protagonistas de sus propias soluciones sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria lo que denota el aporte significativo a la descongestión judicial y a una cultura de paz para nuestra sociedad.

Resultados generales 2017.

Resultados Generales 2017



Gráfica 2. Resultados generales año 2017.

Fuente: Elaborada por los investigadores en mención, de la información obtenida de la Coordinación del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, año 2017.

En la gráfica 2, se pueden evidenciar los resultados generales obtenidos durante el año 2017, teniendo así un total de 337 casos atendidos, distribuidos en 165 acuerdos totales, 107 inasistencias, 40 no acuerdos, 15 retiros de solicitudes y 10 resultados diferentes. De la gráfica N° 2, en comparación con la gráfica N° 1, se puede concluir que aunque en el año 2016 se lograron 15 acuerdos más, en el año 2017 se mantuvo la tendencia de que los acuerdos tuvieran mayor porcentaje en relación con los demás resultados, con un 49%, lo que significa que la actividad del Centro de Conciliación es de gran importancia para la ciudad de Sincelejo ya que muy posiblemente se evitó la presentación de 165 demandas durante ese año, disminuyendo así la congestión de los despachos judiciales y a su vez contribuyendo en el goce efectivo de

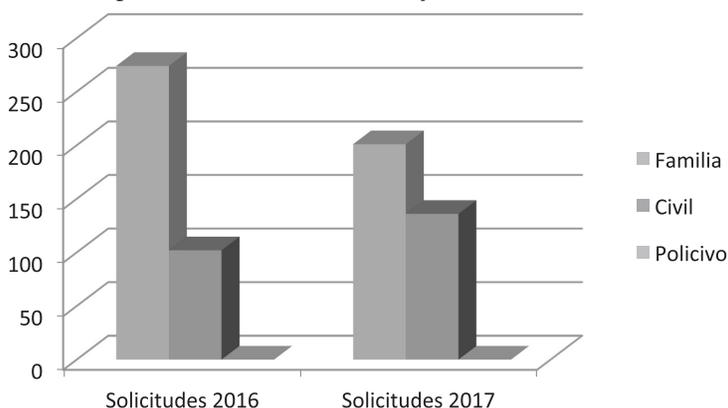
acceder a la justicia de forma oportuna, ágil, gratuita y además las partes quedan con la satisfacción de resolver sus controversias de manera amigable y resultando ambos vencedores.

Los resultados correspondientes a inasistencias, retiros de solicitudes o lo que denominamos otros resultados, que en gran medida corresponden a desistimientos tácitos, obedecen generalmente a que una vez la parte convocada recibe la correspondiente citación a la audiencia de conciliación voluntariamente accede a solucionar el conflicto de manera directa y personal con la parte convocante, sin que necesidad de que este último continúe con el trámite conciliatorio, toda vez que resuelven directamente sus controversias.

Cabe resaltar que el Centro de Conciliación de CECAR, además de contar con el personal idóneo (abogados y estudiantes conciliadores) cuenta con un equipo interdisciplinario de psicólogos y trabajadores sociales que apoyan la labor del conciliador en el desarrollo de las audiencias de Conciliación, gracias al acuerdo de cooperación solidaria, que existe con el Centro de Familia de CECAR.

Adicionalmente con la atención prestada en los años 2016 y 2017, más de 690 personas y sus familias, lograron solucionar sus conflictos, personas que no disponen de medios económicos para acceder al servicio de un abogado e instaurar un proceso judicial, aporte que denota la proactividad y contribución significativa del Centro de Conciliación de CECAR.

Solicitudes por materia, años 2016 y 2017.



Gráfica 3. Solicitudes por materia, años 2016 y 2017.

Fuente: Elaborada por los investigadores en mención, de la información obtenida de la Coordinación del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, años 2016 y 2017.

En la gráfica 3, se establecieron los asuntos en que más se agendaron audiencias de conciliación en dicho Centro, en cuanto al año 2016, en materia de familia, fueron: Fijación de cuota de alimentos, declaración de unión marital de hecho, aumento, disminución y ofrecimiento voluntario de cuota de alimentos, disolución de unión marital de hecho, custodia y cuidado personal, exoneración de cuota de alimentos, y regulación de visitas, respectivamente.

En materia Civil, son: Responsabilidad civil extracontractual, contrato de compraventa, mutuo, arrendamiento, responsabilidad civil contractual, reivindicatorio de dominio, cobro de sumas de dinero, responsabilidad médica.

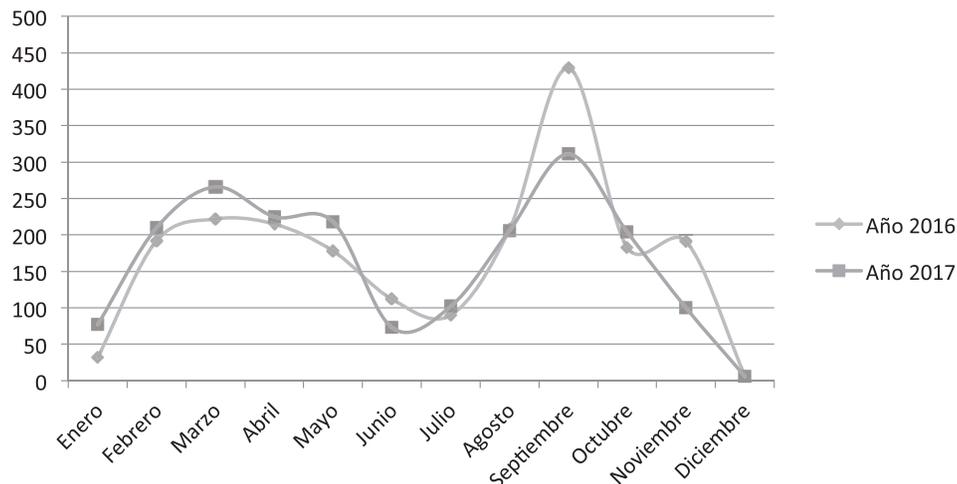
Por su parte en el año 2017, los asuntos que se recepcionaron en materia de familia, de mayor a menor frecuencia fueron: Fijación de cuota de alimentos, declaración de unión marital de hecho, aumento y disminución de cuota de alimentos, custodia y cuidado personal, exoneración de cuota de alimentos, ofrecimiento voluntario, disolución de unión marital de hecho, regulación de visitas y gastos de embarazo y parto.

Y en materia de civil, los asuntos que se recepcionaron, en orden descendente por su frecuencia fueron: responsabilidad civil extracontractual, contrato de compraventa, contrato de mutuo, contrato de arrendamiento, responsabilidad civil contractual, reivindicatoria de dominio, cobro de sumas de dinero, responsabilidad médica y resolución de contrato de compraventa. Podemos evidenciar que durante los dos periodos la mayor frecuencia de solicitudes es en materia de familia, correspondiente al 73% en el año 2016 y 60% en el año 2017, del total de solicitudes recibidas, por su parte en materia civil el 27% para 2016 y el 40% para 2017, siendo los dos tipos de controversias o solicitudes presentadas por los usuarios en dicho centro.

Comparando las cifras de solicitudes de audiencias de conciliación extrajudicial en derecho atendidas en los años 2016 y 2017, con las estadísticas del Ministerio de Justicia y del Derecho (2018), se puede observar que en el año 2016, de 416 audiencias celebradas en el distrito judicial de Sincelejo, 376 fueron llevadas a cabo en el Centro de Conciliación de CECAR, siendo equivalente al 90,38%. Asimismo, de 499 audiencias celebradas en Sincelejo para el año 2017, 337 se celebraron en nuestro Centro de Conciliación, representando el 67,54% del total de las audiencias para ese año. Lo anterior da cuenta del gran aporte del Centro de Conciliación de CECAR a la materialización de los derechos de

manera gratuita no solo para todo el departamento de Sucre, algunas zonas de los departamentos de Córdoba y Bolívar, sino también para los despachos judiciales, porque además de brindar a la ciudadanía un aporte a la materialización del derecho a la justicia también se está descongestionando el aparato jurisdiccional en gran medida.

Usuarios atendidos en el Centro de Conciliación en los años 2016 y 2017.



Gráfica 4. Usuarios atendidos en el Centro de Conciliación en los años 2016 y 2017.

Fuente: Elaborada por los investigadores en mención, de la información obtenida de la Coordinación del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, años 2016 y 2017.

En la gráfica 4, se estableció la afluencia de usuarios atendidos durante los años 2016 y 2017 describiéndolos numéricamente así: en el mes de enero se atendieron 32 usuarios, en el mes de febrero 210, en el mes de marzo 222, en el mes de abril 215, en mayo 178, en junio 112, en julio 102, en agosto 206, en septiembre 429, en octubre 183, en noviembre 191 y en diciembre solamente 7 usuarios, para un total de usuarios atendidos en el año 2016 de 2.087 personas. Durante ese año se realizaron 4 brigadas jurídicas en diferentes zonas del departamento de Sucre, garantizando el acceso a la administración de justicia a muchas personas de escasos recursos, en otros corregimientos y municipios del departamento.

En el año 2017 la atención de usuarios fue de 1.998 descrita numéricamente en 77 en el mes de enero, 210 en el mes de febrero, 266 en

marzo, 225 en abril, 218 en mayo, 73 en junio, 102 en julio, 206 en agosto, 311 en septiembre, 204 en octubre, 100 en noviembre y 6 personas en el mes de diciembre. Los resultados anteriormente descritos, nos arrojan que el flujo de usuarios fue similar en los dos años analizados, de esta manera, encontramos que los meses de enero, junio y diciembre se presentaron pocos usuarios en razón al periodo vacacional de los estudiantes, que al parecer ya es de conocimiento a para los usuarios y optan por no solicitar los servicios durante esos meses, implicando la disminución en la recepción de solicitudes de audiencia de conciliación. Igualmente, se puede observar que en ambos años el mayor número de usuarios atendidos se dio en el mes de septiembre, fenómeno del que no comprendemos sus razones.

Por último, cabe resaltar que el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, diseñó a partir del año 2016, una jornada masiva gratuita de conciliación, denominada CONCILIATON NACIONAL. En este sentido el Centro de Conciliación de CECAR, se sumó a la jornada participando activamente en la realización de la misma, la cual fue realizada los días 24, 25 y 26 de noviembre de 2016, y los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2017, promoviendo así la figura de la conciliación como instrumento para resolver los conflictos entre particulares y acceder a los servicios de justicia, incitando la convivencia pacífica.

Seguimientos a los acuerdos conciliatorios años 2016 y 2017

Seguimientos año 2016



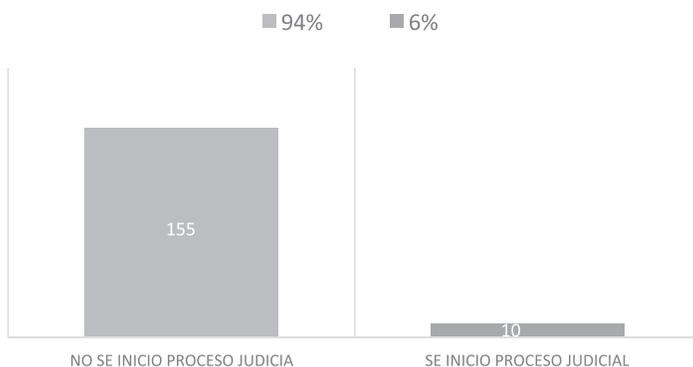
Gráfica 5. Seguimientos año 2016.

Fuente: Elaborada por los investigadores en mención, de la información obtenida de la Coordinación del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, año 2016.

Se observa de la gráfica anterior que del total de los acuerdos conciliatorios en el año 2016, los cuales fueron 180, solo el 8% se inició proceso judicial, en este sentido cabe resaltar la labor del Centro de Conciliación, al brindar un servicio integral, con personal idóneo, donde los acuerdos celebrados son efectivos y reales, y donde los hombres y mujeres beneficiados con ellos, no tuvieron la necesidad de acudir a otras entidades para el cumplimiento de los acuerdos en las respectivas actas de conciliación suscritas.

Seguimientos año 2017.

SEGUIMIENTOS A ACUERDOS CONCILIATORIOS 2017



Gráfica 6. Seguimientos año 2017.

Fuente: Elaborada por los investigadores en mención, de la información obtenida de la Coordinación del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, año 2017.

Esta gráfica también da cuenta, de la efectividad de los acuerdos celebrados en el Centro de Conciliación de CECAR, y del gran aporte que este Centro hace al derecho de acceso a la administración de justicia en el distrito judicial de Sincelejo, permitiendo a las personas que acuden a la búsqueda de soluciones de sus conflictos solucionarlos de manera ágil, gratuita y efectiva, prueba de ello es que en el año 2017, como lo describe el gráfico, el 94%, de los acuerdos conciliatorios no tuvo que iniciar proceso judicial.

Se puede decir que el Centro de Conciliación ha realizado muchos aportes significativos como se evidencia en las gráficas N° 5 y 6, donde los datos consignados son importantes, toda vez que un mínimo porcentaje de

los acuerdos logrados se vieron en la necesidad de amparar sus derechos acudiendo a la justicia ordinaria.

Conclusiones

Finalmente, es preciso recalcar que el derecho de acceso a la administración de justicia se convierte en un derecho fundamental del cual deberíamos gozar a plena satisfacción todos los colombianos, en nuestro país existen diferentes mecanismos a través de los cuales podemos acceder a la administración de justicia sin necesidad de poner en movimiento el aparato jurisdiccional, dichos mecanismos son conocidos como Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC).

La conciliación extrajudicial en derecho es uno de los MASC más utilizados en Colombia por ser un mecanismo idóneo para acceder a la justicia de manera ágil, efectiva y en muchas ocasiones gratuita, como es el caso del servicio prestado por los Centros de Conciliación de los Consultorios Jurídicos de las Facultades de Derecho de las Universidades, los cuales tienen expresa autorización legal para administrar justicia de manera transitoria en los asuntos que por su naturaleza y cuantía le sean competentes.

Hoy en día son muchos los hombres y las mujeres que acuden a solicitar los servicios del Centro de Conciliación de CECAR, por considerar que el centro cuenta con personal idóneo e infraestructura adecuada para brindar un excelente servicio y satisfacer las necesidades de las personas atendidas, información que se puede corroborar con las gráficas anteriormente relacionadas (gráfica 4), de los cuales un gran porcentaje de las audiencias realizadas terminaron de manera satisfactoria para las partes (gráfica 1 y 2), convirtiéndose en un aporte significativo para el distrito judicial de Sincelejo.

Cabe resaltar que las audiencias celebradas en el Centro de Conciliación de CECAR son dirigidas por estudiantes de décimo semestre de Derecho y Ciencias Políticas, en práctica, quienes previamente han sido capacitados en MASC. Para actuar como conciliadores, los estudiantes cuentan con el apoyo de los funcionarios del Centro, lo que permite garantizar un buen servicio prestado y además refleja la calidad de la educación que brinda la Corporación Universitaria del Caribe CECAR.

Una vez analizados los resultados de la presente investigación podemos concluir que los servicios prestados por el Centro de Conciliación de CECAR, constituyen, en concordancia con el alto

compromiso social de la Corporación, un gran aporte para la sociedad Sincelejana toda vez que es mayor el grado de satisfacción de las personas atendidas en dicho Centro, además del gran número de personas que de manera ágil, efectiva, confidencial y gratuita resolvieron sus conflictos, de forma voluntaria e integral, en los años 2016 y 2017, fortaleciendo de este modo los mecanismos alternativos de solución de conflictos que a su vez cuentan con reconocimiento constitucional como formas de administración de justicia.

Sin embargo, se deben propiciar más espacios para promover el dialogo y la autogestión de conflictos, difundiendo más los servicios del centro, sobre todo con las personas de condiciones económicas más vulnerables, quienes en un gran porcentaje aún no tienen conocimiento del mecanismo, para así contribuir más en la materialización del derecho de acceso a la justicia mediante la conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo en los años sucesivos, como también es necesario la implementación o certificación en calidad del Centro de Conciliación para brindar un mejor servicio, aumentar la oferta y aportar a la descongestión de los ya congestionados despachos judiciales.

Referencias

- Cabanellas, G. (1976). *Derecho de los Conflictos laborales*. Buenos Aires: Bibliografica Omeba.
- Constitución Política de Colombia, (7 de Julio de 1991).
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos , Artículo 25. ((Pacto De San José). 22 de Noviembre de 1969).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 1083 (M.P. Jaime Araujo 24 de octubre de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa: 5 de febrero de 1996).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-426 (M.P. Rodrigo Escobar Gil 29 de mayo de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-893 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández 2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-985 de 2005. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra 26 de septiembre de 2005).
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24)., Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre DDHH),.
- De Zan, J. (2004). *La etica los derechos y la Justicia*. Montevideo, Uruguay.: Fundacion Konrad Adenauer Stiftung E.V.

Materialización del derecho de acceso a la justicia mediante la conciliación extrajudicial en derecho en el distrito judicial de Sincelejo, Colombia...

- Decreto 1829 , Por el cual se reglamentan algunas disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 de 2001 y 1563 de 2012. (27 de agosto de 2013).
- Dirección de Metodos alternativos de solución de conflictos, m. d. (05 de Febrero de 2018). Concepto. Bogotá D.C., Colombia.
- Escudero, M. C. (2015). *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*. Bogotá D.C.: Leyer.
- García, F. S. (2013). *La Conciliación Civil y Comercial* (Segunda Edición ed.). Bogotá D.C., Colombia: Ibañez S.A.S.
- Hernández, A. (2005). *La Conciliación Extrajudicial en Derecho como requisito de procedibilidad*. Bogotá D.C.: Leyer.
- Ley 270., Estatutaria de la Administración de Justicia. (07 de marzo de 2009).
- Ley 446, , Por la cual se adoptan algunas normas del Dcto 2651/91, se modifican algunas del CPC, se derogan otras de la Ley 23/91 y del Decreto 2279/89, se modifican y expiden normas del CCA y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia (08 de julio de 1998).
- López, H. (2002). *Procedimiento Civil, Parte General* (Octava edición ed.). Bogotá D.C., Colombia : Dupre Editores.
- Mariño, P. T. (2009). El desarrollo de la Conciliación a partir de 1991. *Panorama*, 81.
- Ministerio de Justicia y del Derecho - Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos y del Sistema de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición SICAAC. (2018). *Sistema de Estadísticas en Justicia*. . Bogotá D.C. .
- Peña, O. (2010). *Conciliación Extrajudicial*. Lima: Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación APECC.
- Real Academia de la Lengua Española. (2018). *Real Academia Española*. Madrid.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, CIERTOS E INDISCUTIBLES DE LOS TRABAJADORES DE SINCELEJO, DURANTE EL AÑO 2017

Sandra Elena Anaya Sierra¹

Resumen

El presente capítulo desarrollo los fundamentos teóricos y jurídicos de los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores, los instrumentos para dar protección a dichos derechos, sumado a un análisis estadístico prestado por Consultorio Jurídico de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, en el área de Derecho Laboral, durante el año 2017, tomando en cuenta que en nuestro medio, generalmente, las personas humildes y vulnerables concurren al Consultorio Jurídico de CECAR en busca de una asesoría jurídico laboral, por considerar la vulneración flagrantemente de sus Derechos Laborales los cuales emanan de un contrato de trabajo, sea verbal o escrito, brindándoles la asesoría solicitada dentro del contexto jurídico vigente. Con el presente estudio se logró establecer que el aporte es significativo en asesoría y/o acompañamiento jurídico de protección de los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles, predominando la presentación, seguimiento y finalización de Demandas Ordinarias Laborales de Única Instancia, ante Juez de Pequeñas causas laborales.

Palabras clave: Derecho al trabajo, Derecho de igualdad, derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles y trabajadores.

1 Candidata a Magister, Especialista en Derecho Laboral y en Derecho Administrativo, Abogada. Docente de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe. Adscrita al Centro de investigación Socio jurídicas de la Corporación Universitaria del Caribe GISCER. Email: sandra.anaya@cecar.edu.co

Abstract

This chapter develops the theoretical and legal foundations of the acquired rights, certain and indisputable of the workers, the instruments to give protection to those rights, added to a statistical analysis provided by the Legal Clinic of the Corporation Universitaria del Caribe CECAR, in the area of Labor Law, during the year 2017, taking into account that in our environment, generally, the humble and vulnerable people come to CECAR's Legal Office in search of legal labor advice, considering the flagrant violation of their Labor Rights which emanate from an employment contract, whether verbal or written, providing the advice requested within the current legal context. With the present study it was possible to establish that the contribution is significant in advising and/or legal accompaniment of protection of the acquired rights, certain and indisputable, predominating the presentation, follow-up and finalization of Ordinary Labor Claims of Only Instance, before Judge of Small labor cases.

Keywords: Right to work, Right to equality, acquired rights, certain and indisputable rights and workers.

Introducción

El trabajo como un derecho fundamental, se encuentra ampliamente protegido por la Ley, la jurisprudencia, la doctrina y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Colombia concebido en un Estado Social de Derecho, de igual forma el Estado es el encargado de dar protección al trabajo en condiciones dignas y justas.

Los consultorios jurídico área laboral presta asesoría jurídica gratuita a usuarios que requieren el servicio por ellos es importante saber ¿cuáles es el aporte jurídico de CECAR a la protección de los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores en Sincelejo Sucre año 2017, ante este interrogante y en aras de darle respuesta se identificarán los fundamentos teóricos de los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores en Colombia y de los instrumentos jurídicos mediante los cuales se da protección a estos Derechos en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta un análisis estadístico de consultorio jurídico de CECAR en materia laboral año 2017.

Metodología

Para el desarrollo de la investigación se planteó un diseño metodológico estructurado en el paradigma de la investigación cualitativo, apoyado en el enfoque hermenéutico, e implementando en momentos justificados los tipos de investigación exploratorio, descriptivo y correlacional, de acuerdo a la estrategia trazada. Como indica Palencia (Palencia, 2009) el enfoque es cualitativo, puesto que la investigación se orienta a abordar el objeto de estudio a partir de las cualidades que lo definen y caracterizan, desde los hechos, procesos y estructuras. Todo a partir de una revisión literaria constante y un proceso de hermenéutico de las instituciones y seres vivos relacionados con el tema de estudio. Las técnicas de información son la lectura del material bibliográfico y análisis de la información. La investigación es de tipo cualitativa porque se pretende describir cuales han sido los Aportes del Consultorio Jurídico de CECAR a la protección de los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores de Sincelejo durante el año 2017, La investigación cualitativa es un multimétodo focalizado, incluyendo interpretación y aproximaciones naturalistas a su objeto de estudio (Denzin, 2012) , es por esta razón que basados en la experiencia diaria en la atención de trabajadores de escasos recursos , se documenta el efectivo aporte del consultorio jurídico en la protección de derechos laborales.

Por otro parte, esta investigación es de naturaleza jurídica con un enfoque epistemológico. Es jurídica por cuanto las fuentes principales objeto de análisis son normatividades que rigen los derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores y de la competencia establecida por mandato legal que tiene el consultorio jurídico como centro de prácticas jurídicas y de proyección social para garantizar la protección de dichos derechos, además, tiene un enfoque epistemológico porque se realizará un análisis estadístico que se interpretará y describirá a lo largo del desarrollo de la presente investigación, a partir de datos existentes en el archivo de las monitorias de consultas y trámites procesales del consultorio jurídico. De igual forma se destaca el cumplimiento por fases de los objetivos como los son la identificación de los fundamentos teóricos de los Derechos adquiridos ciertos e indiscutibles de los trabajadores en Sincelejo, identificación de los instrumentos jurídicos que los respaldan y el análisis estadístico de Consultorio Jurídico CECAR en materia laboral 2017 contribuyendo con la respuesta de la pregunta problema que nos ocupa.

Fundamentos teóricos y jurídicos de los Derechos Adquiridos, Ciertos e indiscutibles de los trabajadores en Colombia.

La explotación de los indígenas en nuestro territorio, por parte de los conquistadores movió a los monarcas españoles promulgar a algunos ordenamientos tendientes a proteger la condición humana de los aborígenes. Esas normas a pesar de no haber suministrado alivio completo a sus penurias fueron el origen de nuestra legislación laboral. Posteriormente el expresidente José Hilario López, abolió la esclavitud en nuestro país a partir del 1 de enero de 1852, marcando una nueva era en los derechos laborales. Más tarde fueron apareciendo los primeros conflictos laborales a los cuales se les trataba de dar solución mediante la aplicación de normas contempladas en el Código Civil , pero existían situaciones concretas que no tenían regulación alguna en el mencionado código y comienzan entonces a surgir las primeras leyes sociales que tratan de dar solución a esos conflictos hasta llegar a la expedición de nuestro Código Laboral Colombiano, el cual que ha tenido algunas modificaciones, regulando de esta manera las relaciones individuales, colectivas de trabajo, la seguridad social y procesal laboral.

No obstante, en aras de identificar el origen del derecho laboral en Colombia Se ha logrado establecer como origen del derecho del trabajo contemporáneo la división de clases que surgió a causa del nacimiento y el auge del capitalismo de la tesis individualista sobre la libertad, y específicamente respecto de la libertad en el terreno económico. La aparición en la vida política y social y comercial de los pueblos, sobre todo en Europa, de una clase burguesa que apoyada en la tesis de la libertad económica irrestricta, tomó para así, no solo los dos instrumentos de mando sino los bienes y elementos de la producción-expresión inequívoca del derecho de propiedad privada fue creando de contragolpe una vista de clase social desposeída no solo de tales bienes , sino de la posibilidad de obtenerlas y reducida por pugna de los hechos económicos a la necesidad de comprometer su fuerza de trabajo para subsistir. Esta clase es el proletariado, y se forma, se levanta y progresa en un ambiente de franca hostilidad hacia las clases económicas fuertes, las que, de su parte, poco repararon en el fenómeno social político y humano que se avecinaba, empeñadas, como se encontraban de manera exclusiva, en el proceso de explotación económica y de atesoramiento de riquezas, por todo los medios lícitos e ilícitos. (Gonzalez Charry Guillerom , 2016)

El proceso de crecimiento de proletariado, su distanciamiento de las altas clases y, por lo tanto, de los gobiernos que son expresiones de aquellas, toma inesperado impulso con el auge de las grandes industrias y con la aparición en la historia de la época llamada capitalismo industrial. La demanda cada vez mayor de mano de obra a medida que aumentaba el número de empresas y el poder industrial de ellas, el abandono de los campos por los trabajadores, atraídos por la posibilidad de mejor salario y alagados por posibles comodidades materiales, va haciendo que aquellas masas adquiera dimensiones gigantescas, aunque desordenadas al principio, tanto desde el punto de vista disciplinario y doctrinario, como el desamparo e indiferencia oficial. (Gonzalez Charry Guillerom , 2016).

Derecho laboral constituye un conjunto de normas y principios que regulan las relaciones individuales y colectivas que se presentan entre empleadores y trabajadores, el Derecho laboral individual constituye una pequeña parte del Derecho Laboral conformada por un conjunto de Derecho y obligaciones de las partes empleador - trabajador, protegido este vínculo laboral por normas plasmadas en la Constitución Política, el Código Laboral, los convenios internacionales adoptados por Colombia y demás normas protectoras de los Derechos que nacen en el vínculo laboral, a su vez estos Derechos mirándolos desde el punto de vista del trabajador son Derechos Adquiridos, ciertos e indiscutibles , son adquiridos porque forman parte del patrimonio del trabajador, ciertos e indiscutibles porque son de consagración legal, por lo tanto las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas concedan son irrenunciables (Derecho Laboral Colombiano relaciones individuales, 2014) Ejemplo: X, trabajador, vinculado a una empresa mediante un contrato de trabajo, laboró un mes. Al mes tiene derecho al pago del salario pactado constituyen así su Derecho adquirido, cierto e indiscutible no admite ninguna duda ni tampoco es una mera expectativa, se puede conciliar.

Entendemos por contrato de trabajo un negocio jurídico bilateral libremente adoptado entre trabajador y empresario, por medio del cual se constituye una relación jurídica obligacional entre ambas partes, caracterizándose este contrato por ser nominado, sinalagmático, oneroso, consensual, intuitu persone, de tracto sucesivo, normado, entre otras características (Cruz, J, 2017). Podríamos afirmar que los Derechos adquiridos, cierto e indiscutibles de un trabajador nacen desde el momento en que se constituyen los tres elementos esenciales de un

contrato de trabajo que son la subordinación, prestación personal del servicio y salario de igual manera las modalidades de contrato de trabajo más utilizadas son a término fijo y a término indefinido Verbal.

La subordinación se manifiesta en el hecho de que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo de modo que la prestación personal del servicio está sometida a los poderes organizativos y de dirección del empresario y que a cambio paga una retribución por servicio prestado denominada salario, pero si se trata de derechos inciertos y discutibles siendo estos los que generan duda porque lo constituyen hechos que admiten muchas interpretaciones, hechos que son imprecisos y/o hechos que están supeditados al cumplimiento de alguna circunstancia de su nacimiento, entonces estos no gozan de beneficios propios de los derechos adquiridos ciertos e indiscutibles y permiten por consagración legal la figura jurídica de la transacción definiéndose esta como un contrato por medio del cual las partes contraen voluntariamente obligaciones específicas, se refiere a acuerdos privados sin intervención de funcionarios públicos. (Figueroa, 2016)

A lo largo de los tiempos ha sido difícil para la doctrina tratar de dar una caracterización o teoría del concepto de Derecho adquirido cierto e indiscutible, lo han mirado desde diferentes aspectos, por ejemplo: Los hermanos Mazeund (Barona, 2010, pág. 262) encuentran justificada la diferenciación hecha por la doctrina clásica entre derecho adquirido y expectativa. Para ellos, es derecho adquirido aquél “que ha entrado definitivamente en un patrimonio, o una situación jurídica creada definitivamente” y, expectativa, “es una esperanza no realizada todavía”. Para Louis (Barona, 2010, pág. 262), entre sus apartes se encuentra que “los derechos adquiridos deben ser protegidos, incluso contra una ley nueva: ésta no podría privar de un derecho a las personas que están definitivamente investidas del mismo, a la inversa, las simples expectativas ceden ante la ley nueva, que puede atentar contra ellas y dejarlas sin efecto”, y consideran que “la necesidad de seguridad está suficientemente garantizada si el derecho adquirido está amparado, y las simples expectativas deben ceder ante una ley que se supone más justa”. (Gerencie.com) En el libro Lecciones de Derecho Civil (Barona, 2010) define los derechos adquiridos como los que forman parte de nuestro patrimonio y que no lo pueden desaparecer. Por otra parte, Bonnecase (Barona, 2010, pág. 262) considera que la noción clásica del derecho adquirido debe sustituirse por la de “situación jurídica concreta” y a su turno, la noción de expectativa debe ceder el puesto a la de

“situación jurídica abstracta”. Fiore (Gerencie.com, 2010) define el derecho adquirido como “el derecho que alude de perfección el idóneo. Gabba (Gerencie.com, 2010) sostiene que “es adquirido todo derecho que entra inmediatamente a formar parte del patrimonio de quien lo ha adquirido, la consecuencia de un acto idóneo y susceptible de producirlo, en virtud de la ley del tiempo en que el hecho hubiere tenido lugar, aunque la ocasión de hacerlo valer no se presentase antes de la publicación de una ley nueva relativa al mismo, y por los términos de la ley bajo cuyo imperio se llevará a cabo”. Julián Restrepo Hernández, tratadista colombiano, considera que “los derechos adquiridos son pues las consecuencias jurídicas nacidas en virtud de una ley vigente al cumplimiento del hecho previsto en la misma ley”. Jurídicamente son protegidos, estos derechos por la Constitución Política en especial los siguientes artículos 3,7.8.9.10,11,13,19,21,22,23 ,37,38,39, 46,47, 53,58,48, 64,65, 90,91, entre otros. El artículo 53 C.P. (Constitución Política Colombiana, 1991) Preceptúa El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (constitucion politica de colombia, 1991)

Constituye la anterior disposición constitucional un amparo a los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores al establecer un mínimo de derechos y garantías consagrados a favor de los trabajadores.

De igual manera en aras de dar una explicación podría aseverar que nuestro Código Laboral Colombiano en la parte individual, que nos ocupa, es un reconocimiento a los Derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores Ejemplo Art 10 Igualdad, Art 11 Derecho al trabajo, Art 13 Mínimo de derechos y garantías, Art 19 normas de aplicación supletoria , Art 21 Principio de favorabilidad, Art 22 y 23 Contrato de trabajo y elemento, Art 46 Contrato de trabajo a

término fijo, Art 47 Contrato de trabajo a término indefinido Art 249 Auxilio de cesantías, Art 186 Vacaciones, Art 230 y S.S Dotación, Art 306 Prima de servicios, Art 64 Indemnización por despido injustificado, 65 indemnización por falta de pago. Art salario, Art 86 periodo de prueba, Art 127 salario y demás normas, de igual forma las leyes que entran a regular ciertos aspectos importantes como la Ley 789 de 2002, la Ley 50 de 1990, Ley 100 1993, Ley 52 de 1975, Ley 27 de 1982 etc.

De otro lado la jurisprudencia ha tratado de dar un cimiento jurídico y/o a poyo a los derechos adquiridos ciertos e indiscutibles de los trabajadores en innumerables jurisprudencias ejemplo C.177 de 2005, C 168- 1995, C- 663 de 2007, C 177 2005 (Corte Constitucional Colombiana) entre otras. Las tesis jurisprudenciales y doctrinales en el tema de los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles que nos ocupa en Colombia se ha caracterizado por las siguientes precisiones: Establecen estos derechos como intangibles involucrados en el patrimonio del trabajador los cuales no puedes ser desconocidos, caracterizados por ser de orden público e irrenunciable, jamás constituyen una mera expectativa por cuanto están reconocidos por la Ley y no pueden modificarse por mera iniciativa, constituyen sinónimo de justicia y de equidad, están cubierto de protección legal que le impiden su desconocimiento por parte de quien ejerce la subordinación, constituyen todas aquellas situaciones individuales y subjetivas creadas y definidas por la Ley, son situaciones jurídicas consolidadas y el legislador no puede expedir leyes que los desconozca o vulnere.

De otro lado los convenios y/o recomendaciones dela O.I.T organización internacional del trabajo ratificados por el congreso de Colombia forman parte del ordenamiento jurídico interno y son de obligatorio cumplimiento. El artículo 19 del Código laboral (Codigo Laboral Colombiano, 2017) dispone:

Normas de aplicación supletoria. Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los convenios **y recomendaciones adoptadas por la organización y las conferencias internacionales del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del derecho del trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad**

Efectivamente, según la actual Constitución, los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados “hacen parte de la legislación interna” (art. 53-4), o, incluso, pueden prevalecer en el ordenamiento, con jerarquía de normas constitucionales (arts. 93 y 94), o sea, como integrantes del bloque de la constitucionalidad. Por tanto, esos convenios y tratados ratificados, constituyen normas directamente aplicables en Colombia al caso controvertido, y no simples normas de aplicación supletoria, como quería el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo: Los que versan sobre derechos humanos, Los relativos a libertad sindical y a la protección del derecho de sindicalización, los relativos a la protección del salario, sobre la “edad mínima de admisión en el empleo, sobre pueblos indígenas, sobre la “prohibición de las peores formas de trabajo infantil y acción inmediata para su eliminación”. (Jaime Rodríguez Garreta, 2017). “Además es importante recalcar que los convenios que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato orientan la interpretación de la norma suprema, y que aquellos convenios que forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto prevalecen en el orden interno”. (Jaime Rodríguez Garreta, 2017)

Lo anterior significa, ni más ni menos, que un convenio de la OIT ratificado por Colombia, se convierte en norma interna de naturaleza legal o constitucional, como si hubiera sido producida internamente. Se sigue de ello que, al momento de buscar la norma o normas reguladoras de un determinado caso, los jueces, funcionarios, abogados y demás operadores jurídicos, no deben limitar su indagación a las normas laborales de origen nacional (por ejemplo, las normas del CST, los actos administrativos pertinentes, etc.), sino que también deberán tener a la vista los convenios de la OIT que versen sobre la materia. Deberán aplicar la norma en la que se subsuma el caso, cualquiera sea su origen, observando los criterios de vigencia en el tiempo (antinomias) y de idoneidad, sin que sea admisible preferir la de origen nacional por el simple hecho de serlo (Carlos Ernesto Molina, 2005). En pocas palabras la existencia y reconocimiento en Colombia de los Derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles del trabajador constituyen una condición beneficiosa enmarcada por la Ley, el respeto al ser humano productivo y la dignidad humana sin limitante alguna.

Instrumentos Jurídicos contenidos en la Legislación y en la Jurisprudencia Colombiana para la Protección de los Derechos Adquiridos, Ciertos e Indiscutibles de los Trabajadores

Los instrumentos jurídicos que en nuestro país nos permiten dar protección a los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles parten de la correcta aplicación de los principios fundamentales del Derecho al trabajo entendiendo estos, como aquellos postulados que definen la norma laboral buscándole un sentido y dándole una firmeza jurídico laboral. Podemos dilucidar como un instrumento jurídico la posibilidad que tiene un trabajador de accionar el aparato judicial mediante la presentación de Demanda Ordinaria Laboral, demanda ejecutiva, tutelas, de igual forma la posibilidad que tiene un trabajador de presentar ante el empleador derechos de petición, o interponer recursos ante resoluciones de fondo de pensiones, etc., en aras de lograr la protección de sus derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles.

Nuestro Código Laboral Colombiano teniendo en cuenta el tramite fijado para su realización, esto es su procedimiento, los clasifica en: Ordinarios y Especiales, el proceso ordinario laboral que es el que nos interesa, tiene dos modalidades: El de única y el de primera instancia. El proceso ordinario de única instancia esta reglado en los artículos 70 a 73 del C.P.T y de la S.S, se encuentra determinado por un factor objetivo (cuantía y naturaleza de la relación jurídica material). Según el artículo 9 de la Ley 712 el cual reformo el artículo 12 de C.P.T, son de única instancia los procesos que tengan una cuantía que no exceda los 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Esta norma a su vez fue modificada por el artículo 46 de la Ley 1395 de 2010 en el sentido de fijar una suma equivalente a 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes o menos para constituir un proceso de única instancia. (Fabian Vallejo Cabrera, 2016)

La demanda que da origen a un proceso ordinario de única instancia no tiene que ser escrita- aun cuando poder serlo- ya que el artículo 70 del código de la materia acepta que sea verbal. Formulada oralmente se levantará un acta donde consten los nombres, domicilios, direcciones del demandante y del demandado, lo que se demanda y los hechos que fundan la acción. En la misma diligencia el juez dispondrá la citación del demandado para que comparezca contestarla, previa notificación y traslado, en la audiencia que para el efecto se señale. En la única audiencia que conforma este procedimiento, el juez agotara lo dispuesto en el artículo 77 del CPT en este sentido si llegase a fallar

la conciliación el funcionario judicial deberá resolver las excepciones previas y sanear las irregularidades del procedimiento que puedan originar nulidad o sentencia inhibitoria y, a continuación, fijara el litigio. Agotadas estas etapas decretará y recibirá pruebas. Clausurado el debate probatorio el juez debe fallar en el acto mediante sentencia que no es objeto de recurso alguno. De lo acaecido en la audiencia se debe levantar un acta que contendrá el nombre de las partes que intervienen, apoderados, testigos, auxiliares de la justicia, una relación de los documentos aportados, el auto que suspende la audiencia y la sentencia (Artículo 73 del C.P.L y de la S.S). (Fabian Vallejo Cabrera, 2016; Fabian Vallejo Cabrera, 2016)

El proceso ordinario de primera instancia lo regula el CPT y de la S.S en sus dos instancias en los artículos 74 a 85 A. Al igual que el de única instancia está determinado por la cuantía de la pretensión y la naturaleza de la relación jurídica material. Tienen ese carácter los procesos de cuantía superior a 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes según el artículo 46 de la Ley 1395 de 2010. (Fabian Vallejo Cabrera, 2016) . Los procesos especiales constituyen en este orden de ideas, la excepción por cuanto, para que existan, el legislador debe haberlos expresamente establecido tal y como sucede con los procesos judiciales de fuero sindical (Art 113 y s.s), el ejecutivo (arts 100 al 111), el sumario de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical (art.56 de la Ley 50/90) y el extrajudicial de arbitramento (art,130 al 143), pues para cada uno de ellos la Ley procesal laboral tiene establecido un trámite propio y diferente . (Fabian Vallejo Cabrera, 2016). Los procesos judiciales en el ámbito laboral que nos atañe están ampliamente orientados por los Jueces laborales quienes deben dirigir el proceso dentro de un contexto absolutamente legal aplicando los principios de celeridad, transparencia, objetividad y sana crítica entre otros.

El Código General del Proceso en el Artículo 42 dispone: deberes del juez. Son deberes del juez:

Protección de los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores de
Sincelejo, durante el año 2017

**DEBERES
DEL JUEZ**

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal.

2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga.

3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes.

5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.

6. Decidir, aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal.

7. Motivar la sentencia y las demás providencias, salvo los autos de mero trámite. La sustentación de las providencias deberá también tener en cuenta lo previsto en el artículo 7 sobre doctrina probable.

8. Dictar las providencias dentro de los términos legales, fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal y asistir a ellas.

9. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos. El mismo deber rige para los empleados judiciales.

10. Presidir el reparto de los asuntos cuando corresponda.

11. Verificar con el secretario las cuestiones relativas al proceso y abstenerse de solicitarle por auto informe sobre hechos que consten en el expediente.

12. Realizar el control de legalidad de la actuación procesal una vez agotada cada etapa del proceso

13. Usar la toga en las audiencias.

14. Usar el Plan de Justicia Digital cuando se encuentre implementado en su despacho judicial.

15. Los demás que se consagren en la ley.

Imagen 1. Deberes del juez

Creación de autor, fuente: Código General del Proceso en el Artículo 42, Año 2018

El Código General del Proceso en el Artículo 43 dispone: Poderes de Ordenación e instrucción:

LOS PODERES DE ORDENACIÓN E INSTRUCCIÓN DEL JUEZ

<p>1. Resolver los procesos en equidad si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza.</p>	<p>2. Rechazar cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta.</p>	<p>4. Exigir a las autoridades o a los particulares la información que, no obstante haber sido solicitada por el interesado, no le haya sido suministrada, siempre que sea relevante para los fines del proceso. El juez también hará uso de este poder para identificar y ubicar los bienes del ejecutado.</p>	<p>5. Ratificar, por el medio más expedito posible, la autenticidad y veracidad de las excusas que presenten las partes o sus apoderados o terceros para justificar su inasistencia a audiencias o diligencias. En caso de encontrar inconsistencias o irregularidades, además de rechazar la excusa y aplicar las consecuencias legales que correspondan dentro del proceso o actuación, el juez compulsará copias para las investigaciones penales o disciplinarias a que haya lugar.</p>	<p>6. Los demás que se consagren en la ley.</p>
---	--	---	---	---

Imagen 2: Poderes de Ordenación e instrucción

Fuente: Creación de autor, fuente: Código General del Proceso en el Artículo 43, Año 2018

En este orden de ideas el juez jamás debe convertirse en un dictador o tirano dentro del proceso sino en un garante de los Derechos adquiridos ciertos e indiscutibles de los trabajadores que acuden a instancias judiciales enmarcados en el contexto legal e irrenunciable de sus derechos. Además de los jueces laborales, el Ministerio de trabajo mediante sus servidores públicos llamados inspectores de trabajo y las direcciones territoriales, también debe dar protección a los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores en Colombia,

de igual forma el Gobierno Nacional mediante la implementación y seguimiento de políticas públicas que den protección al trabajo en condiciones dignas y justas para dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo Primero de nuestra Carta Magna.

Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

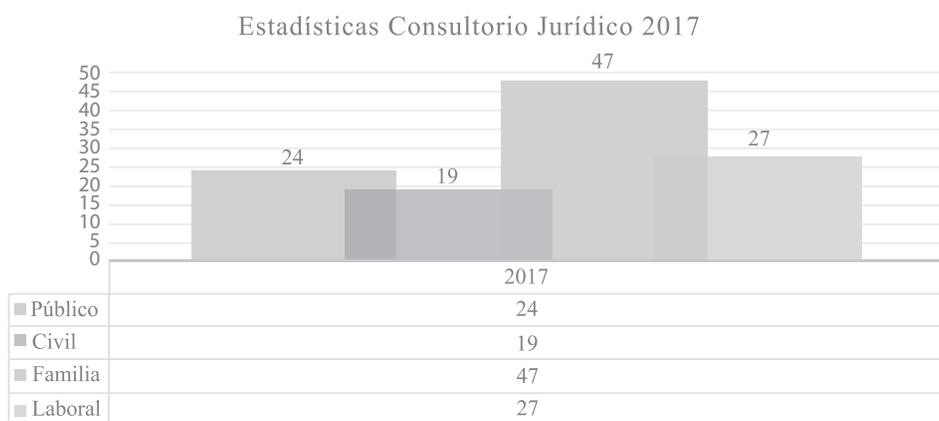
Análisis Estadístico de Consultorio Jurídico de CECAR En Materia Laboral Año 2017

De conformidad con el Acuerdo N° 30 del 03 de diciembre de 2014, la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR, modificó el Reglamento Interno de Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de CECAR, y en sus consideraciones estableció que:

Los Consultorios Jurídicos deben garantizar a la sociedad la prestación del servicio social jurídico en condiciones éticas, eficaces y eficientes, dentro de los más elevados parámetros de calidad y excelencia académica, lo cual requiere establecer los lineamientos generales para la prestación del servicio de asistencia jurídica en forma gratuita a las personas de escasos recursos económicos. (Corporación Universitaria del Caribe , 2014).

Bajo este entendido, desde este centro de proyección social del programa de Derecho, cumpliendo lo establecido en la norma interna en disposiciones legales del orden nacional, desde el Consultorio Jurídico se prestan asesorías y acompañamiento judicial y extrajudicial a población vulnerable, que no puede acceder los servicios profesionales de un abogado.

En la gráfica siguiente, se muestran las estadísticas manejadas por este centro de prácticas de procesos judiciales iniciados durante la vigencia académica 2017:

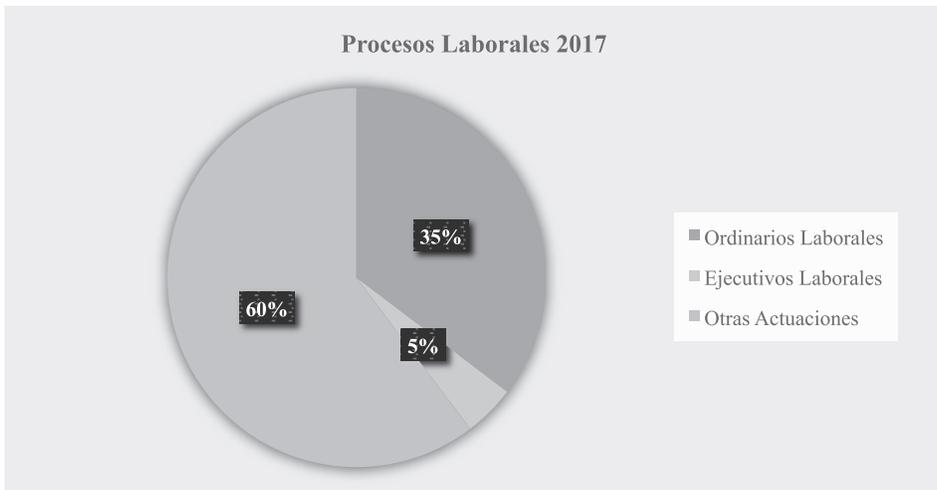


Gráfica 1. Estadísticas Consultorio Jurídico 2017

Fuente: Creación de autor. Fuente: Informe de Monitoria, Consultorio Jurídico CECAR, año 2017

De acuerdo con el gráfico anterior, observamos que el área que más flujo de atención tiene es el área de Derecho de Familia, compuesto por los procesos de alimentos y ejecutivos de alimentos. Sin embargo, el área de Derecho laboral, si bien no tiene un alto número de procesos activos, frente al área de familia, los veintisiete (27) procesos laborales adelantados durante el 2017, en su mayoría derivado de las conciliaciones fallidas ante el Ministerio del Trabajo – Territorial Sucre, como se evidencia en los expedientes, indican un índice de tramites considerable, denotada la complejidad de estos tipos de procesos en donde se busca la declaratoria y reconocimiento de la relación laboral o el pago de acreencias laborales.

Ahora bien, tal como se muestra en la gráfica subsiguiente, de los veintisiete (27) procesos laborales adelantados en 2017, veinticuatro correspondieron a procesos ordinarios laborales y tan solo tres (3) a procesos ejecutivos laborales:



Gráfica 2. Procesos Laborales 2017

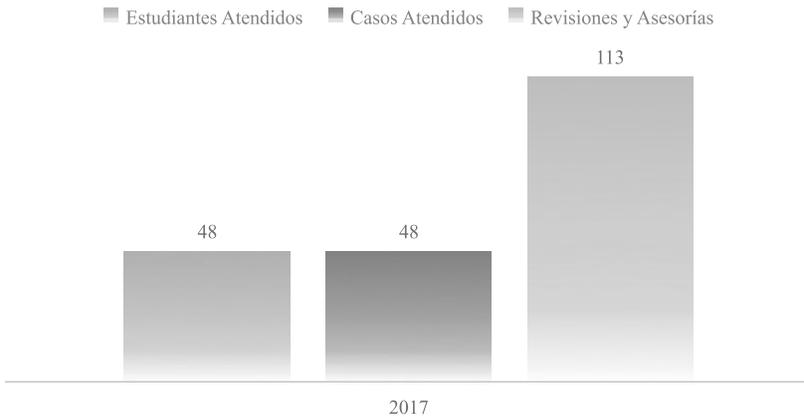
Fuente: Creación de autor. Fuente: Informe de monitoria, Consultorio Jurídico CECAR. Año 2017

Existe en la anterior gráfica un porcentaje del 60% de actuaciones distintas a procesos ordinarios y ejecutivos laborales, que contienen las estadísticas de solicitudes, derechos de petición a entidades públicas y privadas en materia de pensiones, realización de liquidación de acreencias laborales o a otras actuaciones no judiciales en materia laboral. Pero otro hecho que resulta relevante es la diferencia sustancial entre los procesos ordinarios laborales y los procesos ejecutivos, constituyéndose los primeros en la herramienta judicial más desarrollada durante el año 2017, lo que indica, que la mayoría de asuntos tramitados en Consultorio Jurídico obedecen principalmente a la necesidad de declarar la existencia de un contrato de trabajo y los extremos de la relación laboral, debido a la poca utilización de contrato laboral escrito al momento de emplear a personas en Sincelejo, lo que requiere, por supuesto de un análisis mucho más profundo por parte de los observatorios laborales presentes en el municipio y por parte del mismo Ministerio del Trabajo.

Por otro lado, no solamente se realiza propiamente el diligenciamiento procesal de las causas de los usuarios de consultorio jurídico, ya que los asesores de esta área se encargan del acompañamiento, asesoría y supervisión de las actuaciones adelantadas no solo por los estudiantes del programa de Derecho adscritos al centro de prácticas, sino a los monitores judicantes de Consultorio Jurídico, quienes también adelantan procesos judiciales en ejercicio de la función social de la

abogacía, y como requisito habilitante de su práctica jurídica. Así, pues, para el 2017, las siguientes fueron las estadísticas en materia de asesoría y acompañamiento por parte de los asesores de área:

ASESORÍAS Y ACOMPAÑAMIENTO



Gráfica 3. Asesorías y Acompañamiento 2017

Fuente: Creación de autor. Fuente: Informe de Monitoria Consultorio Jurídico CECAR, año 2017

El gráfico precedente contiene el ejercicio de asesoría docente durante el año 2017, que incluyen las revisiones de los procesos que vienen siendo adelantados de vigencias anteriores, por lo que existe diferencia en el número de procesos adelantados durante el año y el número de procesos asesorados por los docentes encargados del área. No obstante, dicho gráfico muestra la importante labor desarrollada por estos profesionales del derecho que mediante la vinculación como docentes de tiempo completo adscritos al Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación, acompañan el camino formativo y profesional de estudiantes y egresados del programa de Derecho de CECAR, evidenciando que el impacto no solamente se realiza en los despachos judiciales sino en el proceso formativo de los abogados de esta Corporación, materializando de esta manera la impronta que caracteriza a esta casa de estudios: Formación con Responsabilidad Social.

Análisis de los resultados

Al realizar el análisis estadístico del Consultorio Jurídico de CECAR se evidenció que el área de derecho laboral, asesorada por una abogada docente, especialista en Derecho laboral y seguridad social asesora de

tiempo completo es la segunda área en orden descendiente, en número de procesos adelantados durante el 2017. De la misma manera, se evidenció la amplia utilización proceso ordinario laboral en única instancia, sobre otras actuaciones judiciales, lo cual es un indicador de la informalidad en la vinculación de empleados, de la población que acude a los servicios de este centro de proyección social. Además, que, si bien no son actuaciones judiciales, tanto estudiantes como monitores del Consultorio Jurídico, conocen de asuntos y consultas en materia laboral, y que se abordan a través de documentos no judiciales.

Conclusión

Al finalizar este estudio se ha logrado identificar que el aporte de consultorio jurídico de CECAR a la protección de los Derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores en Sincelejo durante el año 2017 es bastante significativo en asesoría y/o acompañamiento jurídico, predominando la presentación, seguimiento y finalización de Demandas Ordinaria Laborales de Única Instancia ante Juez de Pequeñas causas laborales de la ciudad de Sincelejo, en cuantía que no supera los 20 Salarios Mínimos Legales vigentes, de otro lado se resalta la presentación, seguimiento y finalización de Demandas Ejecutiva laboral, antes el juzgado mencionado, aunque en menor proporción, además la elaboración de documentos afines como los son derechos de petición, acciones de tutela, liquidaciones de acreencias laborales, recursos ante negación de solicitud pensional, asesoría regímenes especiales y demás documentos no judiciales.

Constituye lo anterior un ahorro económico para el usuario y para su núcleo familiar por cuanto es un servicio de asesoría jurídico laboral gratuito brindado por Consultorio Jurídico de CECAR, el usuario solo está obligado a asumir los gastos que se generen como fotocopias y/o notificaciones.

De otro lado cuando un usuario sale satisfecho de las oficinas de Consultorio Jurídico de CECAR con la asesoría jurídica brindada y/o el acompañamiento jurídico en el caso laboral, CECAR mediante la proyección social contribuye con la protección de los derechos adquiridos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y ex trabajadores que acuden a consultorio jurídico muchas veces agobiados por la situación laboral que padecen y encuentran una mano amiga que lo direcciona a la obtención de la protección de sus Derechos Laborales generalmente desconocidos y/o vulnerados por el empleador, contribuyendo también de esta

manera con la tranquilidad emocional de estos usuarios destacando que la asesoría jurídica brindada es óptima enmarcada en el ordenamiento jurídico vigente.

Referencias

- Carlos Ernesto Molina. (1 de septiembre de 2005). Analisis de Sentencia C 401/2005. *Articulo*. Bogota, Bogota, cOLOMBIA .
- Codigo Laboral Colombiano Legis. (2017). *Primero*. Bogota: Legis.
- Constitucion Politica De Colombia. (1991). *Constitucion Politica De Colombia*. Bogota: Legis.
- Corporación Universitaria del Caribe . (3 de Diciembre de 2014). *Reglamento Consultorio Juridico*. Obtenido de <https://cecar.edu.co/normas-internas>
- Cruz, J. (2017). *Compesio Del Derecho De Trabajo*. Bogota: Tecnos. De la irretroactividad de las leyes. (s.f.).
- Derecho Laboral Colombiano relaciones individuales. (2014). *Irrenunciabilidad del derecho*. Bogota: Legis.
- Fabian Vallejo Cabrera. (2016). *Derecho Procesal del trabajo y de la seguridad social*. Medellin: Libreria juridica Sanchez R ltda.
- Figueroa, G. G. (2016). *Principios fundamentales del derecho al trabajo*. bogota: Leyer.
- Gerencie.Com. (S.F).
- Gonzalez Charry Guillerom . (2016). *Derecho Laboral Individual* . Bogota : leyer.
- Jaime Rodriguez Garreta. (2017). *Guia Relaciones Laborales y Prestacionales*. Bogota: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Jesus Cruz Villalon . (2017). *Compedio Del Derecho De Trabajo* . Madrid: tecno.
- Jesus Cruz Villalon. (2017). *Compedio De Derecho Del Trabajo*. Bogota: Tecno(Grupo Anaya, S.A).

EL DERECHO DE PETICIÓN COMO FACTOR DE DESCONGESTIÓN JUDICIAL EN EL MUNICIPIO DE SINCELEJO – ANÁLISIS DESDE LA PRÁCTICA DEL CONSULTORIO JURÍDICO DE CECAR, DURANTE LOS AÑOS 2016 Y 2017

Gunkel Romero Gutiérrez¹
Edgardo Tadeo Lorduy Viloría²

Resumen

El presente capítulo de libro pretendió establecer la incidencia y efectividad del derecho de petición en la descongestión judicial en el municipio de Sincelejo durante los años 2016 y 2017, teniendo su base en el análisis desde la práctica de 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 de los documentos elaborados en la práctica del consultorio jurídico de CECAR, establecer la efectividad del derecho de petición en la descongestión de los despachos judiciales de Sincelejo, así como su incidencia en el acceso a la justicia, lográndose analizar que el que el derecho de petición es el medio más utilizado para acudir de manera directa a la reclamación de los derechos del usuario o a la solución del problema planteado con un 68%, frente a su segundo competidor que fue la acción de tutela con un 21%.

Palabras clave: derecho de petición, descongestión judicial, consultorio jurídico y protección Especial

1 Maestrante en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, Abogado y Conciliador. Coordinador de Consultorio Jurídico de CECAR con email: 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 y Conciliador. Email: Gunkel.romero@cecar.edu.co

Abstract

This chapter of the book attempted to establish the incidence and effectiveness of the right of petition in the judicial decongestion in the municipality of Sincelejo during the years 2016 and 2017, having its base in the analysis from the practice of CECAR's Legal Clinic. With this chapter, we searched through the historical, normative and jurisprudential study in Colombia of the right of petition, as well as the analysis of public law statistics of the documents elaborated in the practice of CECAR's legal practice, to establish the effectiveness of the right of petition in the decongestion of Sincelejo's judicial offices, as well as its incidence in the access to justice, being able to analyze that the right of petition is the most used means to go directly to the claim of the rights of the user or to the solution of the problem raised with 68%, compared to its second competitor that was the action of protection with 21%

Keywords: right of petition, judicial decongestion, legal clinic and special protection

Introducción

En la actualidad es bien sabido que como consecuencia de la notable congestión judicial del país, se ha venido dificultando el acceso a la justicia de varias personas que ven truncado pretensiones y que por ello padecen de la falta de reconocimiento y respeto de sus derechos, debido a la carga que tiene la rama judicial con el represamiento de procesos judiciales con ocasión a las deficiencias y problemáticas que presenta, lo que conlleva a que desde los consultorios jurídicos de las universidades se contribuya a la descongestión y a la misma vez al acceso de justicias de los usuarios que acuden a ellos en ayuda. En el presente capítulo presentamos el derecho a pedir que tienen todas las personas de exigir algo de alguien de manera respetuosa, pues pedir es un derecho inherente al ser humano desde sus principios evolutivos hasta la actualidad el cual con ocasión a su necesidad de uso para las personas ha sido plasmado a través del tiempo en las constituciones y leyes que nos rigen, por lo que se ha elevado dicho derecho a rango de derecho fundamental, además de ostentar la calidad de mecanismo de participación ciudadana y hasta se podría considerar como una herramienta para la solución alterna de los conflictos, lo que le permite a todas las personas tener acceso directo a la justicia y evita con ello el desgaste judicial en una posterior acción de tutela, demanda laboral o de

nulidad y restablecimiento del derecho, lo que evitaría que muchos casos no llegasen a congestionar los despachos judiciales.

Es por lo anterior se hace necesario preguntarnos ¿Cuál es la incidencia del derecho de petición en la descongestión judicial en el distrito judicial de Sincelejo desde la práctica del consultorio jurídico de CECAR durante los años 2016 y 2017? Es claro que para resolver el anterior interrogante debemos en primera medida establecer la incidencia del derecho de petición en la descongestión judicial del distrito judicial de Sincelejo durante los años 2016 y 2017, así mismo como punto segundo debemos conceptualizar el derecho de petición en el marco histórico, normativo, y jurisprudencial en Colombia para así poder tener claridad de la regulación de este derecho en nuestro contexto nacional y en los diferentes ramos en que se encuentra regulando.

Otro punto que es indispensable es la efectividad del derecho de petición judicial en el distrito judicial del municipio de Sincelejo, pues es bien sabido que este se encuentra al igual que muchos despachos judiciales del país con cierta congestión producto de los múltiples conflictos jurídicos que no son solucionados de manera previa cuando se acude de manera directa a la contraparte por la vía de la petición, pues muchos de los que reciben las peticiones respetuosas se enfrascan en negativas en reconocer y otorgar los que se pide solo por el simple hecho de dilatar el derecho que le asiste al peticionario y con ello no dar soluciones positivas que evitarían la puesta en marcha del sistema judicial para reclamar un derecho que se niega a sabiendas de que lo que se solicitando es procedente y que por ende quien tiene la razón o le asiste el derecho quien está pidiendo.

Es indispensable además relacionar las estadísticas del Consultorio Jurídico sobre el derecho de petición durante los años antes mencionados, estimando en sí, el impacto de la práctica jurídica del Consultorio Jurídico de CECAR en la descongestión de los despachos judiciales del municipio de Sincelejo en aras establecer el impacto de nuestro trabajo en dichos despachos. Es importante desarrollar la temática descrita en el presente capítulo, por cuanto el derecho a pedir de las personas es un derecho fundamental y que a su vez es un mecanismo de participación de la ciudadanía que le permite pedir respetuosamente a las entidades públicas o privadas la resolución de conflictos o de situaciones particulares o colectivas, las cuales pueden ser atendidas y solucionadas por este medio, y que evitan muchas veces que lleguen a las instancias prejudiciales y judiciales.

Para todo lo anterior utilizaremos las estadísticas de los años 2016 y 2017 las cuales nos permitirán poder tener información real y pertinente sobre los casos que se utilicen para sustentar la presente investigación.

El derecho de petición en el marco histórico, normativo y jurisprudencial en Colombia

El derecho a pedir es la facultad que tiene cada persona de exigir algo de alguien, bien sea para que a quien se lo dirigen haga algo o para que no, con la expectativa de que recibirá una pronta solución a la petición impetrada. En palabras del doctor Bartomeu Colom Pastor el derecho de petición: "... Es el derecho de los ciudadanos de dirigir peticiones a los poderes públicos que señalen las leyes, sobre las materias de su competencia, cuando no son titulares de derechos subjetivos o de intereses legítimos". Complementa lo anterior indicando que "En efecto, si el ciudadano es titular del derecho subjetivo o de un interés un legítimo, lo que debe dirigir a la administración es una solicitud de iniciación de un procedimiento o ejercitar el derecho de acción ante los tribunales" (Bartomeu, 1997)

En la actualidad es bien recibida y acogida la anterior definición del derecho de petición agregándole eso sí, que además de las autoridades públicas también se aplica a las entidades privadas e inclusive va más allá, puesto que bajo ciertos preceptos opera frente a personas naturales particulares. El derecho de petición es un derecho fundamental de toda persona, pues se consagra dentro del Título II Capítulo I, artículo 23 de la Constitución Política, es por ello que este derecho sea susceptible de protección especial mediante la acción de tutela, pues por su naturaleza, la petición es de aplicación inmediata de la cual se debe emitir respuesta dentro del término legalmente establecido, con claridad en su manifestación y con argumentos de fondo, es decir que la respuesta dada este acorde con lo pedido.

Como preceptos para destacar en la petición tenemos las siguientes características que son de suma importancia, ya que están acorde a nuestro Estado Social de Derecho y plasma sus principales postulados, estas son: elevar la Petición a Derecho fundamental, autorizar la petición para cual quiera persona, incluyendo a menores de edad y extranjeros, para la presentación de la petición no se exige ser abogado, la obligatoriedad de dar respuesta por parte de las autoridades, permitir que se puedan interponer a particulares, los medios de impugnación o recursos que garantizan el principio de contradicción, en caso de no estar de acuerdo con la respuesta, en caso de no sé de respuesta a la

petición poderla exigir vía tutela. Así destacamos los puntos relevantes de la petición donde demostramos los postulados esenciales del Estado Social de Derecho.

Adicional a las anteriores características, es menester resaltar la naturaleza gratuita del derecho de petición, pues por ser un derecho fundamental y de participación su ejercicio no puede ser objeto de cobro alguno por parte de las entidades que son objeto de ellas, es más, ni siquiera la respuesta que es enviada por correo desde cualquier municipio del país a otro, puede ser óbice para exigir al peticionario que devuelva el valor del envío o que para que le llegue la respuesta deba pagarlo, lo que demuestra claramente la relevancia, importancia y trascendencia de este magno derecho en nuestro país, y que muy seguramente es de darse así en casi todos los países democráticos donde se respeten los derechos inherentes al ser humano como lo es la petición; claro está que lo que si puede hacer las entidades peticionarias en las que son peticiones de entrega de documentos, es exigir el pago del número de copias del documento o documentos que desea recibir o que solicito mediante su petición de entrega de copia de documentos.

En Colombia es claro traer a colación que según la Ley 1437 de 2011:

La normatividad aplicable en la actualidad para garantizar el derecho de petición está conformada por las siguientes disposiciones: (i) la Constitución Política, en especial sus artículos 23 y 74; (ii) los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia que regulan el derecho de petición, entre otros derechos humanos; (iii) los principios y las normas generales sobre el procedimiento administrativo, de la Parte Primera, Título I del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), así como las demás normas vigentes de dicho código que se refieren al derecho de petición o que, de una u otra forma, conciernen al ejercicio del mismo (notificaciones, comunicaciones, recursos, silencio administrativo etc.); (iv) las normas especiales contenidas en otras leyes que regulan aspectos específicos del derecho de petición o que se refieren a éste para ciertos fines y materias particulares; (v) la jurisprudencia vigente, especialmente aquella proveniente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado (Ley 1437, 2011)

Pero, que para este capítulo del libro trataremos la norma principal y relacionaremos de manera breve varias de las regulaciones especiales y específicas que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico que establecen procedimientos para el trámite de las peticiones en cada una de las materias y entidades donde han sido creados.

Historia del Derecho de Petición en las Constituciones Políticas de Colombia

Pedir es un arte, mediante el cual quien lo domina puede acceder a infinitas posibilidades sin tener que acudir a instancias posteriores para obtener lo que quiere, lo que necesita o lo que por justa razón le corresponde. Es así como el derecho a pedir se encuentra inmerso a nuestro criterio en cada una de las particularidades del derecho y de las relaciones humanas mismas, pues es un derecho natural de las personas que sin duda alguna permea todo el sistema jurídico y que emana de la naturalidad humana en cada uno de sus contextos. Las relaciones interpersonales se rigen por reglas básicas establecidas como consecuencia de la interacción histórica entre los seres humanos desde sus principios evolutivos.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico colombiano, no es ajeno a las realidades de las personas que conforman este país, pues desde los inicios de la República de Colombia, se instauró en las diferentes constituciones el particular derecho, es así que haremos un breve repaso histórico comenzando con la Constitución de 1821 (Constitución de Nueva Granada), pasando por las constituciones de 1863 (Constitución de los Estados Unidos de Colombia), por la constitución de 1886 (Constitución Política de Colombia) hasta la Constitución actual, la cual fue creada mediante constituyente del 04 de julio de 1991.

La Constitución de 1821 nacida el 30 de agosto en su Título VIII correspondiente a disposiciones generales fue la primera de las constituciones en establecer clara e inequívocamente la posibilidad a los ciudadanos de reclamar ante las autoridades públicas de la época el respeto de sus derechos situación que 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. Todos, por el contrario, deberán hallar un remedio pronto y seguro, con arreglo a las leyes, (...).
(Constitución, 1821)

Por su parte la Constitución Política de Los Estados Unidos de Colombia o Constitución de 1863 firmada por los estados de Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá, Santander y Tolima el día 08 de mayo de 1863 demarca nuevamente la necesidad de darle a todos los ciudadanos “*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*” (Constitución Política de los Estado Unidos de Colombia, 1863) lo que los faculta para acceder a la administración mediante la petición, permitiéndose de esta manera tener una oportunidad y una herramienta practica de exigir sus derechos.

La penúltima Constitución, la de 1886 en el título III, artículo 45 exclamo el derecho legítimo de toda persona a pedir de manera respetuosa ante las autoridades de ese entonces, con la finalidad de darle acceso a sus ciudadanos de poder participar más activamente en las reclamaciones que tuviesen frente a la administración, dicha situación obedece al sometimiento que tuvieron de la corona española y que por tanto les impidió durante mucho tiempo ejercer los derechos y garantías civiles que con esta constitución se plasmaron con mucha mayor claridad, es por ello que el artículo 45 estableció que “*Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución*”. (Constitución Política de la República de Colombia, 1886), este es el penúltimo paso hacia la consolidación del derecho a pedir en nuestro país, pues recordemos que Colombia mediante constituyente de fecha 04 de julio de 1991 creo la Constitución Política de Colombia de 1991 y que es la que se encuentra vigente actualmente y plasma en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a cada una de las personas de pedir bajo la condición simple de que esta sea respetuosa, la obligación de dar pronta respuesta y la orden al mismo Estado de reglamentar el mismo.

Actualidad de la normatividad principal del derecho de Petición en Colombia

El artículo 23 y el artículo 74 de la Constitución Política de Colombia (Constitución Política de Colombia, 1991) son la punta de lanza en nuestro ordenamiento jurídico en materia de derecho de petición, pues en ella se establece como un derecho fundamental de todas las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas de presentar peticiones respetuosas ante

cualquier autoridad pública bien sea en interés particular o en interés general con la obligación para el que la recibe de dar una pronta solución a lo pedido de forma clara, concisa y de fondo. En cumplimiento del artículo antes enunciado por vía legal es decir por medio de la ley 1437 de 2011, en su título I, capítulo II, establece en su artículo 4 a la petición como dos formas de iniciar las actuaciones administrativas ante los entes estatales de la siguiente forma i), *Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general* y ii). *Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular*"; mediante las cuales se da inicio a las actuaciones administrativas que busca poner en conocimiento de la administración una situación particular o general y recibir de dicha administración una respuesta clara, oportuna y de fondo y dependiendo de dicha respuesta seguir con el trámite pertinente para la consecución del derecho reclamado.

Así mismo el artículo 13 reitera que *“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma”*, entiéndase en interés general aquellas peticiones que buscan un bien colectivo común que va a beneficiar a un número indeterminado de personas con la presentación de esta clase de petición, mientras que la de interés particular se busca la solución de un problema o el reconocimiento de un derecho particular para un caso concreto e individual de quien la presenta. A su vez en el artículo 5 numeral 1° estipula las modalidades en que pueden presentarse las peticiones, por lo que menciona tres modos de presentarlas, *“verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo”*.

La primera es la presentada de manera verbal, es decir el artículo permite que las personas puedan presentarse ante la entidad objeto de petición y por medio del habla pedir lo que requiere y que por haberla presentado de esa forma, el funcionario no puede negarse a recibirla, y además de eso *“deberá quedar constancia de la misma”*, según lo contempla el Artículo 15, inciso 1° ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1° de la (Ley 1755, 2015). Es menester hacer saber que lo manifestado en el párrafo anterior es la regla general en cuanto a las peticiones verbales, pero que puede darse en condiciones legales establecidas una excepción, pues el artículo 15 inciso 4° de la misma ley establece una especie de ventana para la posibilidad de que *“Las autoridades podrán exigir que ciertas peticiones se presenten por escrito, y pondrán a disposición de los interesados, sin costo, a menos que una ley expresamente señale lo*

contrario, formularios y otros instrumentos estandarizados para facilitar su diligenciamiento”, pero pese a dicha ventana citada, es de resaltar que la misma es relativa y limitada, ya que ese mismo artículo más adelante establece que:

En todo caso, los peticionarios no quedarán impedidos para aportar o formular con su petición argumentos, pruebas o documentos adicionales que los formularios no contemplen, sin que por su utilización las autoridades queden relevadas del deber de resolver sobre todos los aspectos y pruebas que les sean planteados o presentados más allá del contenido de dichos formularios.

La segunda forma de presentar las peticiones ante las entidades, es la más comúnmente utilizada y estipulada en el artículo mismo que corresponde a las presentadas de forma escrita y que deben ser entregadas personalmente o por interpuesta persona ante la entidad a la cual es dirigida, o también puede enviar el escrito de petición por correo a la entidad de destino y por ese simple hecho no se hace mercedor a que su petición no sea tenida en cuenta. Al igual que con la petición verbal, el artículo 15 inciso 5° de la misma ley, nos narra que a la petición escrita se podrá acompañar una copia que, recibida por el funcionario respectivo con anotación de la fecha y hora de su presentación, y del número y clase de los documentos anexos, tendrá el mismo valor legal del original y se devolverá al interesado a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos. Esta autenticación no causará costo alguno al peticionario, con lo que se establece el breve procedimiento para recibir la petición escrita por parte de la entidad que la recibe y ante quien está dirigida.

La tercera y última forma estipulada en el artículo 5° numeral 1° de la ley 1437 de 2011, obedece y tiene su razón de ser principalmente con ocasión al sin número de avances tecnológicos de nuestra era que han influenciado la ley en comento hasta tal punto que se crea una puerta bastante grande para las múltiples posibilidades que se están presentando y que se puedan presentar en un futuro a corto, mediano y a largo plazo, pues se estipula claramente la opción al peticionario de acudir a esas tecnologías para presentar sus peticiones “*por cualquier otro medio idóneo*”, lo que evidencia la trascendencia del derecho de petición en el tiempo, por lo que se estipula el cómo se debe tramitar dado el caso se utilicen medios de transferencia de datos en el párrafo 1° del artículo mencionado que reza “*En caso de que la petición sea enviada a través de*

cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos, esta tendrá como datos de fecha y hora de radicación, así como el número y clase de documentos recibidos, los registrados en el medio por el cual se han recibido los documentos”, es decir que usted en algún momento cercano, pues en muchos casos ya está sucediendo, podrá presentar sus peticiones por medio de los email, por medio de las páginas web, por medio de las redes sociales y porque no, por medio de aplicaciones como whatsapp y similares, sin que eso signifique de que se tengan como no presentadas ante la entidad que las recibe, eso sí para que se puedan validar esas peticiones, las entidades que las reciben deben tener habilitada esas plataformas para esos fines.

Por su parte el Título II, Capítulo I donde se fijan las reglas generales de la petición y se regula el procedimiento general de la ley 1437 de 2011, en su artículo 14° nos fija los términos dentro de los cuales las entidades objeto de petición deben dar respuesta desde el día siguiente en que han recibido la petición, siendo la regla general para todas las peticiones que “Toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción”, pero que pese a ello en el derecho es bien sabido que toda regla general tiene su excepción y en materia de derecho de petición no le es ajena esa regla, pues se plasmó dos claras excepciones que son a las peticiones de documentos y de información es de diez (10) días, mientras que cuando se trate de peticiones de Consulta de temas a su cargo el término será mucho más amplio y se le concede uno de treinta (30) días, los anteriores términos sin perjuicio que puedan ser ampliados hasta el doble del tiempo inicial fijado por la ley, eso sí bajo la condición de que dicha situación sea informada al usuario dentro del término y antes de su vencimiento dándole a este un lapso de tiempo razonable para responderle, sin exceder como ya se dijo del doble del tiempo inicial.

Adicional a las dos excepciones planteadas existe una más que no tiene término fijo para responder, sino que está sujeta a la condición especial presentada en la petición y soportada con prueba sumaria por lo menos, tal y como nos dice el Artículo 20 de la ley tratada, “Atención prioritaria de peticiones. Las autoridades darán atención prioritaria a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario, quien deberá probar sumariamente la titularidad del derecho y el riesgo del perjuicio invocado”, y continua la norma planteando otras situaciones que son de atención prioritaria y preferente “Cuando por

razones de salud o de seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario de la medida solicitada, la autoridad adoptará de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición. Si la petición la realiza un periodista, para el ejercicio de su actividad, se tramitará preferencialmente”, lo aquí sentado es el soporte legal y las razones claras del porque las entidades públicas o privadas deben omitir los términos arriba señalados y sujetan la resolución de la petición a unas condiciones muy especiales como cuando la petición va dirigida al reconocimiento de un derecho fundamental para evitar un perjuicio irremediable, por salud, por peligro inminente a la vida, por lo que no podrán argumentarle al peticionario que están dentro del término legal para responderle y que por ello debe esperar los 10, 15 o 30 días.

Para que la petición pueda ser atendida en todo su conjunto y que cuente con la información clara, precisa y con los soportes necesarios para que no sea tenida como incompleta y tener que requerirlo para que la subsane (artículo 17), se estableció por parte de esta ley unos requisitos mínimos que las peticiones de deberán contener, las cuales se fijaron en el artículo 16 de la Ley 1437 de 2011 el cual las enumera así:

1. **La designación de la autoridad a la que se dirige:** Esto corresponde al nombre de la entidad pública, privada o de la persona natural a quien va a ir dirigida la petición
2. **Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante y o apoderado:** si es el caso, con indicación de su documento de identidad y de la dirección donde recibirá correspondencia: Es lo referente a los datos personales de quien va a presentar la petición, pues quien va a recibirla debe saber los datos de la persona que solicita para poder dirigirse a ella claramente en la respuesta que vaya a emitir.
3. **El objeto de la petición:** Entiéndase este como los temas objeto de solicitudes mediante el derecho de petición, es decir los asuntos por los cuales usted puede reclamar y pedir a quien dirige su petición, los cuales relaciono así, “i). El reconocimiento de un derecho, ii). La intervención de una entidad o funcionario, iii). La resolución de una situación jurídica, iv). La prestación de un servicio, v.) Requerir información, vi). Consultar, vii). Examinar y requerir copias de documentos, viii). Formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.” (Artículo 13, inciso segundo de la Ley 14437 de 2011)

4. **Las razones en las que fundamenta su petición:** Es lo relacionado con los hechos de la petición con los cuales usted va presentar sus argumentos para fundamentar con ellos su petición, es decir son la narración de las situaciones fácticas colectivas o particulares que motiva al peticionario a acudir al ejercicio del artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, los cuales consideramos deben ser enunciados de forma cronológica y enumerada de principio a fin por decirlo así, de forma clara, sin imprecisiones y acorde a lo que se pide.
5. **La relación de los documentos que desee presentar para iniciar el trámite:** Estos son todos y cada uno de aquellos documentos que sirvan como soporte de los hechos y peticiones y que justifiquen o prueben lo que se está pidiendo.
6. **La firma del peticionario cuando fuere el caso:** Como es de esperarse la rúbrica de quien está pidiendo es indispensable en los documentos escritos, pues esta avala y confirma que quien pide es la persona titular del derecho reclamado o de la situación por la cual se pide. Es de resaltar que para las peticiones que se presentan por otros medios idóneos dependerá de la forma que se utilice para presentar, enviar o entregar la petición.

La obligación que impone la Constitución y la Ley de atender las peticiones respetuosas dándoles respuesta clara, pronta y oportuna no es exclusiva de las entidades públicas, pues la constitución y la ley las extiende a entidades privadas y adicional a eso la extendió a personas naturales bajo circunstancias especiales, pues así quedo estipulado en los artículos 32 inciso 1º, en su parágrafo 1º y en el artículo 33 de la referida ley y que el primero establece: “Toda persona podrá ejercer el derecho de petición para garantizar sus derechos fundamentales ante organizaciones privadas con o sin personería jurídica, tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes”, mientras que el segundo dice: “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, a las entidades que conforman el sistema financiero y bursátil y a aquellas empresas que prestan servicios públicos y servicios públicos domiciliarios, que se rijan por el derecho privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los dos capítulos anteriores”

Principales Regulaciones Normativas Especiales del Derecho de Petición en Colombia.

A continuación, nos permitimos mencionar algunas leyes o decretos especiales que en cumplimiento del artículo 23 de la Constitución Política y en concordancia con la Ley 1437 de 2011, enuncian el derecho que tienen las personas de presentar sus peticiones respetuosas según la materia a su cargo y área de influencia y que también estipulan un trámite especial, complementario o relativamente diferente al establecido en la ley citada, por lo que relaciono las siguientes:

1. **Ley 142 de 1994**, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Título VIII, Capítulo VII, Artículo 152 y 153 Defensa de los usuarios en Sede de la Empresa:

Artículo 152: Derecho de petición y de recurso. 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. Las normas sobre presentación, trámite y decisión de recursos se interpretarán y aplicarán teniendo en cuenta las costumbres de las empresas comerciales en el trato con su clientela, de modo que, en cuanto la ley no disponga otra cosa, se proceda de acuerdo con tales costumbres.

Artículo 153 De la oficina de peticiones y recursos: Todas las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios constituirán una “Oficina de Peticiones, Quejas y Recursos”, la cual tiene la obligación de recibir, atender, tramitar y responder las peticiones o reclamos y recursos verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores o los suscriptores potenciales en relación con el servicio o los servicios que presta dicha empresa.

2. **Ley 962 de 2005**: Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. Título I, Capítulo I, artículo 6° inciso 3 Disposiciones comunes a toda la administración pública: “*Toda persona podrá presentar*

peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la Administración Pública”.

3. **Ley 1266 de 2008:** Ley Hábeas Data Y Manejo De La Información Contenida en Bases De Datos Personales, Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones en su artículo 6° numeral 1.1, 1.2, 1.3, 1.4, 2.1, 2.2, 2.3, así como también el artículo 7° numeral 1°.

Preceptos jurisprudenciales relevantes del Derecho de Petición

El derecho de petición también ha sido debatido ampliamente por la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, pues desde su implementación en la Constitución de 1991, pues se ha resaltado la importancia y relevancia que tiene para las personas el ejercicio de este derecho por parte de todos, así como su protección con el reconocimiento, respeto y cumplimiento por las entidades públicas de todo orden, posiciones que han quedado sentada en las sentencias de la corporación que ha reiterado dichos postulados en diferentes tiempos desde el funcionamiento de nuestra máxima corte: “La Corte Constitucional se ha referido en distintas oportunidades a la importancia de esta garantía fundamental, cuya efectividad, según se ha reconocido:

Resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente el servicio de la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidas, de acuerdo al artículo 2o. Constitución Política colombiana (Sentencia T-332 , 2015)

Por lo anterior ha Corte realiza una rigurosa cronología del derecho de petición desde la Constitución de 1991 mediante la sentencia T-487 de 2017 que a su vez esta enriquecida por preceptos anteriores y que cita sentando nuevamente unas reglas y criterios de aplicación de la siguiente forma: El derecho de petición fue establecido en el artículo 23 de la Constitución, donde se prevé que *“toda persona tiene derecho*

a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”. Durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991, la norma legal de referencia para el derecho de petición fue el Decreto 01 de 1984 *Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo*, que regulaba su ejercicio entre los artículos 5, 6, 7, 8, 31, 32, 33 y 39, principalmente. En dicho escenario la Corte Constitucional identificó los contenidos mínimos de ese derecho fundamental, señalando además el sistema de reglas que rigen su cumplimiento y aplicación, precisando que su contenido esencial comprende los siguientes elementos:

- a) la posibilidad cierta y efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; b) la respuesta oportuna, es decir, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico; c) la respuesta de fondo o contestación material, lo que supone que la autoridad entre en la materia propia de la solicitud, sobre la base de su competencia, refiriéndose de manera completa a todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta), excluyendo fórmulas evasivas o elusivas; y d) la pronta comunicación de lo decidido al peticionario, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo.

Conforme lo dispone la jurisprudencia de la Corte Constitucional y lo ha venido reiterando, el ejercicio del derecho de petición en Colombia está regido por las siguientes reglas y elementos de aplicación:

- 1) El de petición es un derecho fundamental y resulta determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa.
- 2) Mediante el derecho de petición se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos de acceso a la información, la libertad de expresión y la participación política.
- 3) La respuesta debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser oportuna, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe resolver de fondo el asunto solicitado. Además de ello, debe ser clara, precisa y congruente con lo solicitado; y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario.
- 4) La respuesta no implica necesariamente la aceptación de lo solicitado, ni se concreta necesariamente en una respuesta escrita.

5) El derecho de petición fue inicialmente dispuesto para las actuaciones ante las autoridades públicas, pero la Constitución de 1991 lo extendió a las organizaciones privadas y en general, a los particulares.

6) Durante la vigencia del Decreto 01 de 1984 el término para resolver las peticiones formuladas fue el señalado por el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo, que señalaba un término de quince (15) días para resolver, y en los casos en que no pudiese darse la respuesta en ese lapso, entonces la autoridad pública debía explicar los motivos de la imposibilidad, señalando además el término en el que sería dada la contestación.

7) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. En sentido concurrente, el silencio administrativo es prueba de la violación del derecho de petición.

8) La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea el derecho de petición no la exonera del deber de responder.

9) La presentación de una petición hace surgir en la entidad, la obligación de notificar la respuesta al interesado.

Posteriormente sería expedida la Ley 1437 de 2011 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, que destinó el Título II de la Primera Parte, artículos 13 a 33, al *Derecho de Petición*, dividiendo la materia en tres capítulos referidos a las reglas *generales* del derecho de petición ante autoridades, las reglas *especiales* del derecho de petición ante autoridades y el derecho de petición ante organizaciones e instituciones privadas, respectivamente. Este título sería declarado inexecutable por la Sentencia C-818 de 2011 por violación de la reserva de ley estatutaria, otorgándole al Congreso un plazo de dos años para la expedición de la respectiva ley.

Finalmente fue expedida la Ley 1755 de 2015 “*Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, una norma de carácter estatutario, conformada por 33 artículos, sectorizados en tres capítulos, que establecen la regulación integral de ese derecho fundamental, cuyo proyecto fue objeto de control previo de constitucionalidad por medio de la Sentencia C-951 de 2014. ((Sentencia de Tutela T-487, 2018)

Este derecho fundamental tampoco ha sido reprimido por quererse hacer valer antes las entidades privadas y particulares, pues

la ley 1437 de 2011 en sus artículos 32 y 33, sustituidos por el artículo 1º de la ley 1755 de 2015 y la corte también aprovecho en la sentencia inmediatamente anterior citada conceptuando al respecto y dando su concepto reiterado de la siguiente forma: El derecho de petición ante particulares, de acuerdo a El Decreto 01 de 1984, que contenía el Código Contencioso Administrativo derogado, no regulaba el ejercicio del derecho de petición ante particulares. Sin embargo la jurisprudencia de la Corte Constitucional dispuso su procedencia, estableciendo un sistema de reglas aplicables en desarrollo de los artículos 2, 20, 23 y 86 de la Constitución Política. Dentro de esta perspectiva la Sentencia SU-166 de 1999 había dispuesto en dicho escenario, que la procedencia del derecho de petición ante particulares estaba regida por los siguientes elementos y reglas:

1) La Constitución de 1991 amplió el alcance del derecho fundamental de petición, pues este se predica respecto de la administración y de las organizaciones privadas, precisando que el ámbito de aplicación en estas últimas era limitado.

2) En el ejercicio del derecho de petición ante particulares, deben diferenciarse dos situaciones: (i) si la organización privada presta un servicio público o si por la función que desempeña adquiere el status de autoridad, el derecho de petición opera como si se tratase de una autoridad pública; y (ii) cuando el sujeto pasivo del derecho de petición es una organización que no actúa como autoridad, sólo opera cuando el Legislador lo haya reglamentado. Por lo mismo, la posibilidad de ejercer el amparo de este derecho contra particulares, depende del ámbito y de las condiciones que señale el Legislador.

3) La extensión del derecho de petición a particulares que no actúan como autoridad, sólo es procedente cuando el derecho de petición sea el instrumento para garantizar otros derechos fundamentales, pues su ejercicio no puede implicar una intromisión en el fuero privado de quienes no exponen su actividad al examen público.

Posteriormente la Corte Constitucional haría lugar a la procedencia del derecho de petición ante particulares, en aquellos casos en que exista una relación de subordinación o un estado de indefensión, como desarrollo de lo previsto para el ejercicio de la acción de tutela contra particulares, por el artículo 86 de la Constitución y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991. El tema del derecho de petición ante particulares seguiría desarrollándose.

Más recientemente y a modo de balance, la Sentencia T-268 de 2013 reiteró la procedencia del derecho de petición ante particulares en seis eventos:

- 1) Cuando los particulares son prestadores de un servicio público.
- 2) En los casos en que los particulares ejercen funciones públicas.
- 3) Cuando los particulares desarrollan actividades que comprometen el interés general.
- 4) En aquellos casos en los que la protección de otro derecho fundamental haga imperativa la respuesta.
- 5) Cuando haya estado de indefensión o situación de subordinación frente al particular al que se le eleva la petición.
- 6) Cuando el legislador autoriza la procedencia de la petición.

La regulación definitiva del derecho de petición ante particulares está contenida en los artículos 32 y 33 de la Ley 1755 de 2015, que recogieron el sistema de reglas construido por la Corte Constitucional. ((Sentencia de Tutela T-487, 2018). Así las cosas la jurisprudencia en esta materia está actualmente más que clara, precisa y contundente frente a su concepto, aplicación, características y cumplimiento.

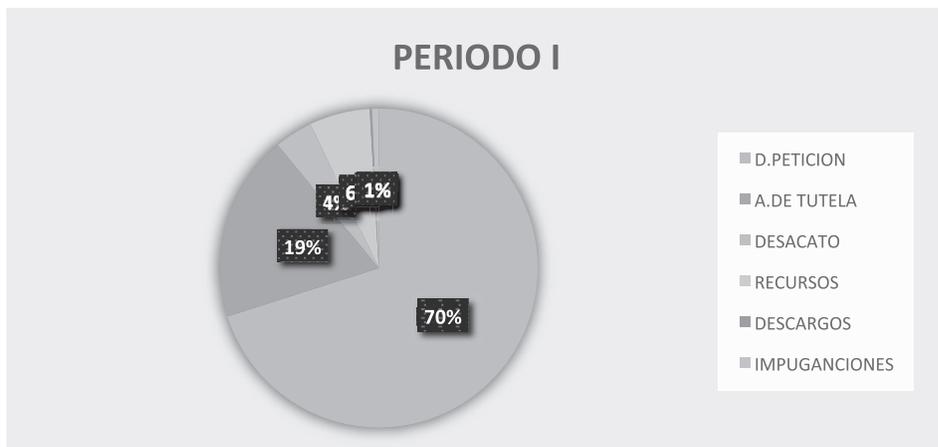
Análisis de las estadísticas del consultorio jurídico de CECAR en el área de derecho público en relación al derecho de petición durante los años 2016 y 2017

En nuestro día a día en el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR durante la atención a nuestros usuarios, se realiza en primera medida un registro de llegada de cada usuario, el cual dependiendo de su asunto jurídico es direccionado a una de nuestras oficinas de atención, si el caso corresponde a asuntos de derecho público que no ameriten la designación de estudiantes para que unza como apoderado del usuario, sino que es para consulta, asesoría y realización de documentos a nombre del usuario, es remitido a la monitoria correspondiente de Consultorio Jurídico II – Consultas, ya que esta es el área que se encarga de recibir, registrar y designar si es del caso, el asunto jurídico a realizar por parte de los estudiantes o monitores manifestándole al usuario el documento que se va a elaborar.

La elaboración de documentos como son la petición, la acción de tutela, los recursos, los incidentes se utilizan como primera línea de acción para resolverse los conflictos de los usuarios con diferentes entidades públicas y privadas y que según el caso las temáticas varían unas a otras dependiendo de cada caso en particular de cada usuario, pero que las

mas reiterativas durante la atención anual del Consultorio Jurídico a la comunidad suelen ser las peticiones presentadas por la deficiencia prestación del servicio de salud, por cuanto en la mayoría de los casos las EPS independiente del régimen si es contributivo o subsidiado incurren en los siguientes errores: i). Demoran la prestación del servicio, ii). No entregan las medicinas no pos, o si las entregan es a destiempo y no acorde con la receta médica, iii). No realizan los procedimientos médicos, iv). No entregan los viáticos cuando remiten al paciente por fuera del municipio de residencia v). No reconocen las incapacidades médicas o licencias de maternidad, Vi). No quieren hacer los reembolsos.

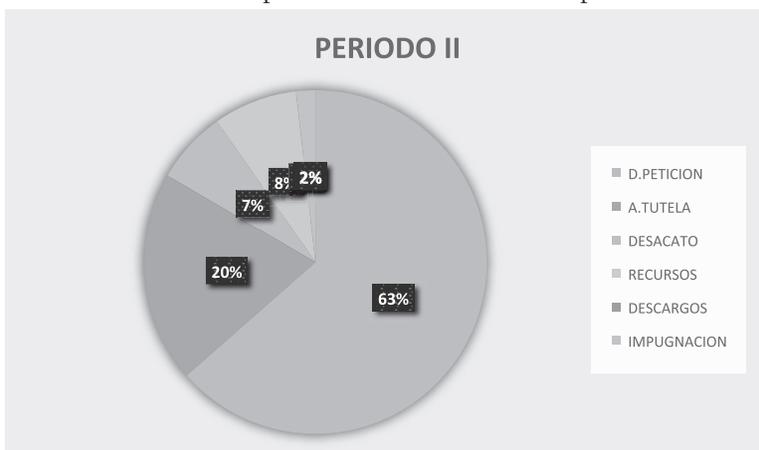
También obedecen a las inconformidades con los servicios públicos domiciliarios como lo son el de energía, agua potable, saneamiento básico y gas natural donde la temática corresponde al cobro excesivo del consumo, facturas con cobros muy altos, cobro de consumos dejados de facturar por irregularidades en los contadores, cobros por reconexión, reinstalación y suspensión, así mismo otros temas son las peticiones por los comparendos realizados personalmente o a través de medios electrónicos los que comúnmente les llaman foto multas solicitando la caducidad o la prescripción de los comparendos, la prescripción de la acción de cobro o copia de los expedientes contravencionales, así mismo existen otros que se presentan con menor frecuencia como lo son las presentadas por créditos de ICETEX, impuesto predial, habeas data. Es por lo anterior la relevancia de las prácticas jurídicas de los estudiantes de Consultorio y la incidencia que eso tiene en la descongestión judicial, así como en el de permitir el acceso a la justicia de personas de escasos recursos económicos y personas vulnerables, por lo que relacionamos nuestras estadísticas con los siguientes gráficos.



Gráfica 1. Datos estadísticos del Consultorio Jurídico, año 2016

Elaboración propia. Fuente: Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección del año 2016

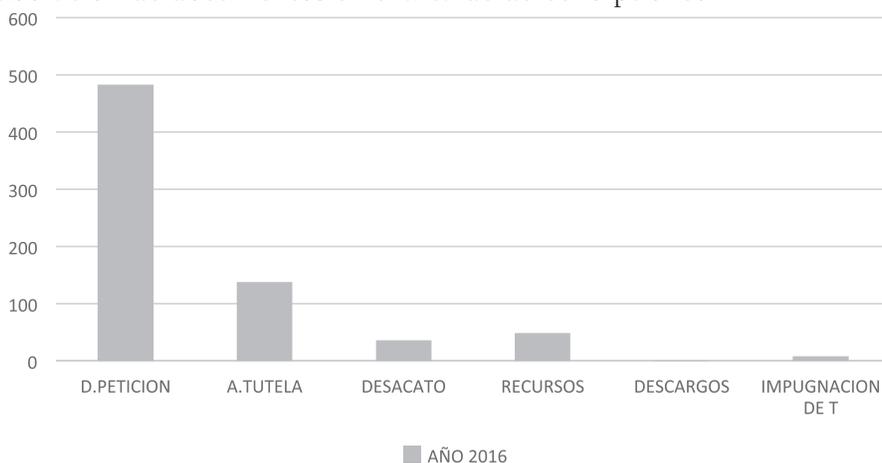
En la gráfica número 1 se relacionan los documentos elaborados durante el año 2016 en el área de derecho público obteniendo como resultado: 307 derechos de petición equivalente a un 70%, 83 acciones de tutela equivalentes al 19%, 17 incidentes de desacatos, equivalentes al 4%, 27 recursos equivalentes al 6%, 1 descargo, finalmente se realizaron 3 impugnaciones equivalentes al 3%. Finalmente de la gráfica número 1 se puede concluir que el documento que con mayor frecuencia se elabora en área de derecho público es el derecho de petición.



Gráfica 2. Estadísticas de Derecho Público Año 2016- Periodo II.

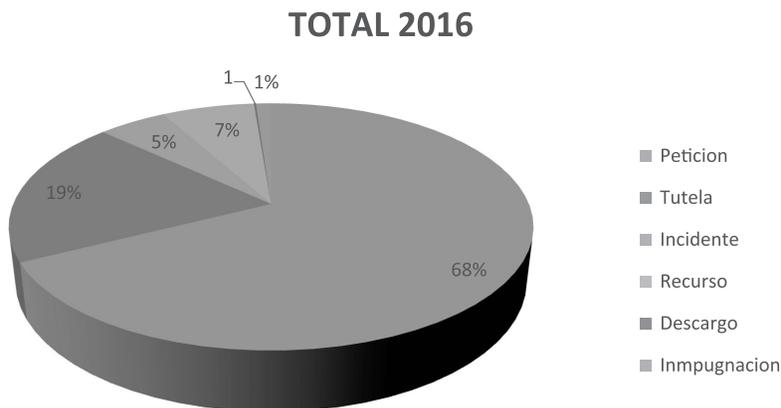
Elaboración propia. Fuente: Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección del año 2016

En el segundo periodo del año 2016 se realizaron 176 derechos de petición equivalentes al 64%, 55 acciones de tutela equivalentes al %20, 19 incidentes de desacato equivalentes al 7%, 22 recursos equivalentes al 8%, 5 impugnaciones equivalente al 2%, en el segundo periodo no se realizó ningún descargo. Igualmente en el segundo periodo del año 2016 el derecho petición continúa obteniendo el mayor porcentaje de elaboración de documentos en el área de derecho público.



Gráfica 3. Estadística Total del Año 2016 de Derecho Público

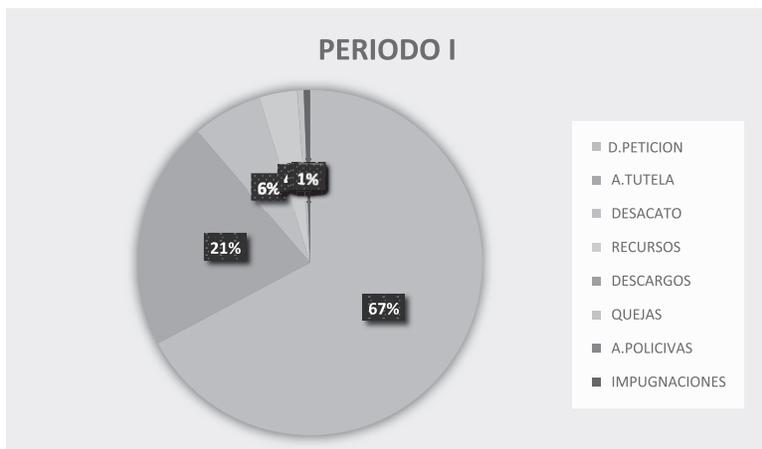
Elaboración propia. Fuente: Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección del año 2016



Gráfica 4. Detalle de Trámites 2016

Elaboración propia. Fuente: Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección del año 2016

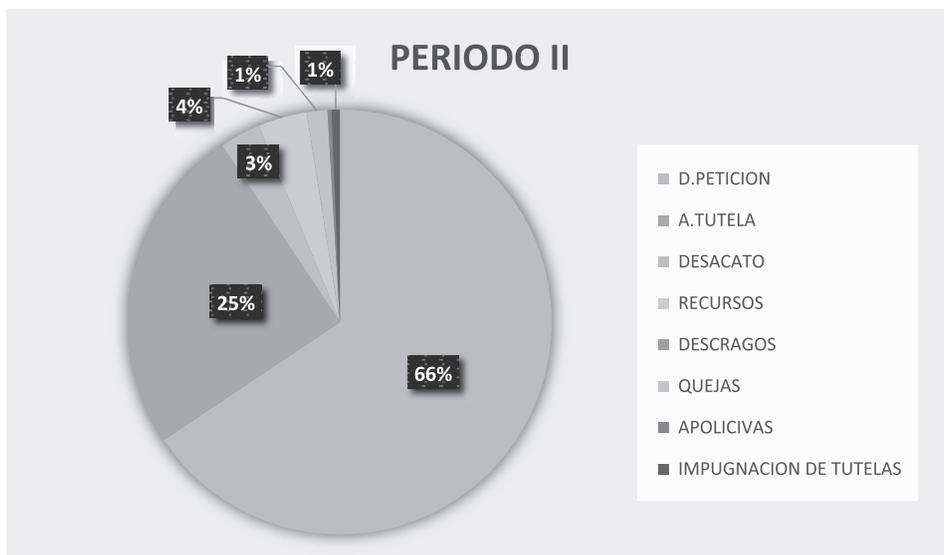
Durante el año 2016 en los dos periodos en la dependencia de consultorio jurídico se realizaron un total de 483 derechos de petición equivalente al 68%, 138 acciones de tutela equivalente al 19%, 36 incidentes de desacato equivalente al 5%, 49 recursos equivalente al 7%, 1 descargo y 8 impugnaciones de tutela equivalente al 1%. La totalidad de documentos elaborados en el año 2016 deja en evidencia el derecho de petición como el documento con mayor elaboración y los descargos como el documento menos elaborado.



Gráfica 5. Estadísticas de Derecho Público Año 2017-Periodo I

Elaboración Propia. Fuente: Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección del año 2017.

En el periodo primer periodo del año 2017 se realizaron 226 derechos de petición equivalentes al 67%, 72 acciones de tutela equivalentes al 21%, 22 incidentes de desacato equivalentes al 7%, 12 recursos equivalentes al 4%, 2 quejas equivalentes al 1% y finalmente 2 impugnaciones al 1%. De la gráfica número 4 se puede concluir que se adicionan nuevos documentos como las actuaciones policivas y las quejas a diferencia de los periodos del año 2016 donde estas no fueron realizadas, sin embargo se guarda similitud con el mayor porcentaje en derechos de petición obteniendo este el 67%.

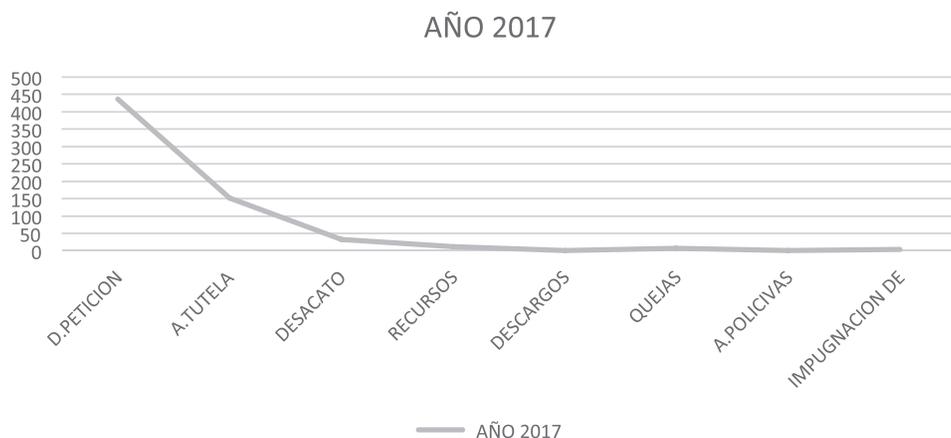


Gráfica 6. Estadísticas de Derecho Público Año 2017-Periodo II

Elaboración Propia. Fuente Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección del año 2017.

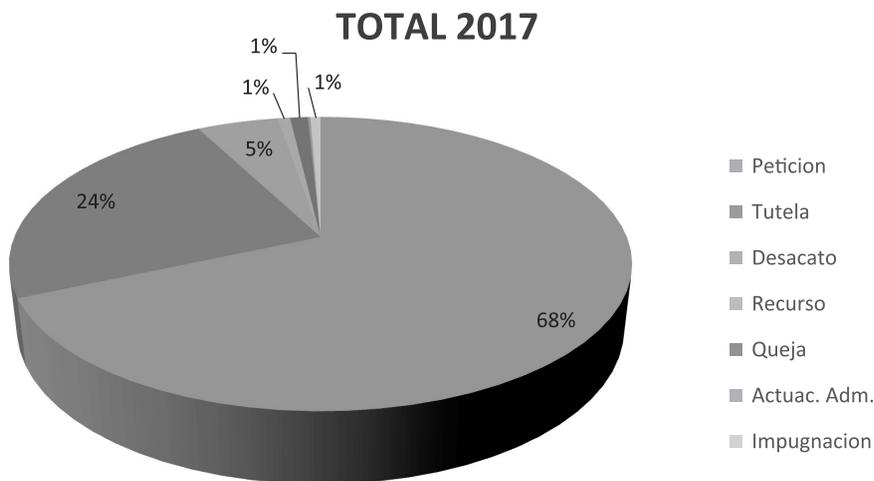
En el segundo periodo del año 2017 representado en la Gráfica numero 4 se obtuvieron los siguientes resultados: 210 derechos de petición equivalentes al 66%, 80 acciones de tutela, equivalentes al 25%, 10 incidentes de desacato equivalentes al 3%, 12 recursos equivalentes al 4%, 5 quejas equivalentes al 2%, finalmente se elaboró una impugnación de tutela.

Del anterior gráfico se pudo concluir que al igual que el año 2016 y primer periodo del año 2017 , en el segundo periodo 2017 continua siendo el derecho de petición el documento mas elaborado.



Gráfica 7. Estadística Total del Año 2017 de Derecho Público.

Elaboración Propia. Fuente Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección del año 2017



Gráfica 8. Detalle de Tramites 2017

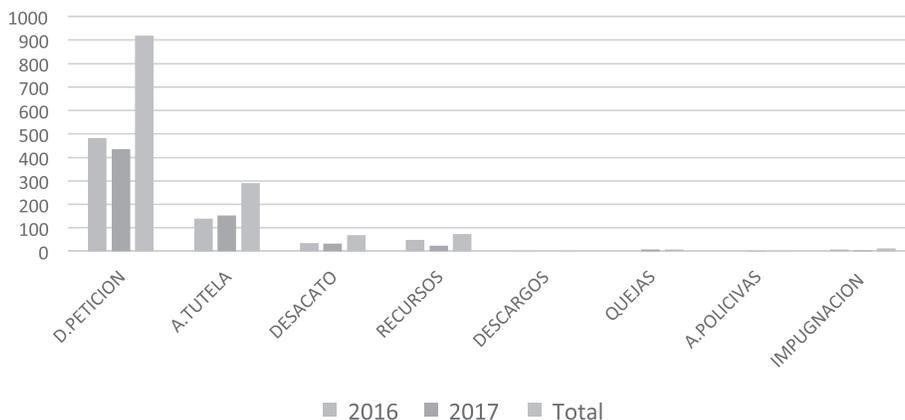
Elaboración Propia. Fuente Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección del año 2017

Finalmente durante el año 2017 en la totalidad de los dos periodos el derecho de petición obtuvo un total de 436 equivalente al 68%, la acción de tutela 152 equivalente al 24%, incidente de desacatos 32 equivalente al 5%, recursos 5 equivalente al 1%, quejas 7 equivalente al 1%, actuación policiva 1 y 4 impugnaciones de tutela equivalente al 1%.

El derecho de petición como factor de descongestión judicial en el municipio de Sincelejo – análisis desde la práctica del Consultorio Jurídico de CECAR...

Del anterior gráfico se puede concluir que el derecho de petición duplica en numero de documentos elaborados a la acción de tutela por lo que es evidente la dimensión tan grande que tiene el ejercicio de este derecho.

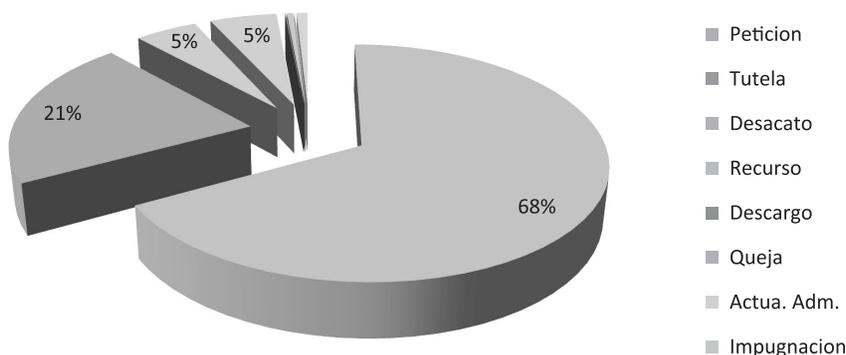
ANALISIS ESTADISTICO AREA DERECHO PUBLICO DURANTE LOS AÑOS 2016-2017.



Gráfica 9. Total Años 2016 Y 2017

Elaboración Propia. Fuente Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección del año 2017

TOTAL 2016 Y 2017



Gráfica 10. Total Años por trámites.

Elaboración Propia. Fuente Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección de los años 2016 y 2017

Finalmente durante el acumulado total de los dos años el derecho de petición obtuvo un total de 919 equivalente al 68%, la acción de tutela 290 equivalente al 21%, incidente de desacatos 68 equivalente al 5%, recursos 73 equivalente al 5%, Descargo 1, quejas 7, actuación policiva 1 y 12 impugnaciones de tutela.

Para finalizar las estadísticas del gráfico ultimo creado, se concluye inequívocamente la ventaja que del derecho de petición sobre la acción de tutela se triplica y por tanto esta en relación de poco mas de 3 a 1, por lo que definitivamente el derecho de petición fue el documento mas utilizado durante los dos años que se tratan.

Resultados según muestra

Para la muestra se tomó el 10% del total de documentos elaborados durante los años de 2016 y 2017, correspondiendo al derecho de petición el numero de 91 documentos elaborados, para la acción de tutela correspondió el numero de 29 documentos elaborados y para el caso del recurso el numero de 7 documentos elaborados.



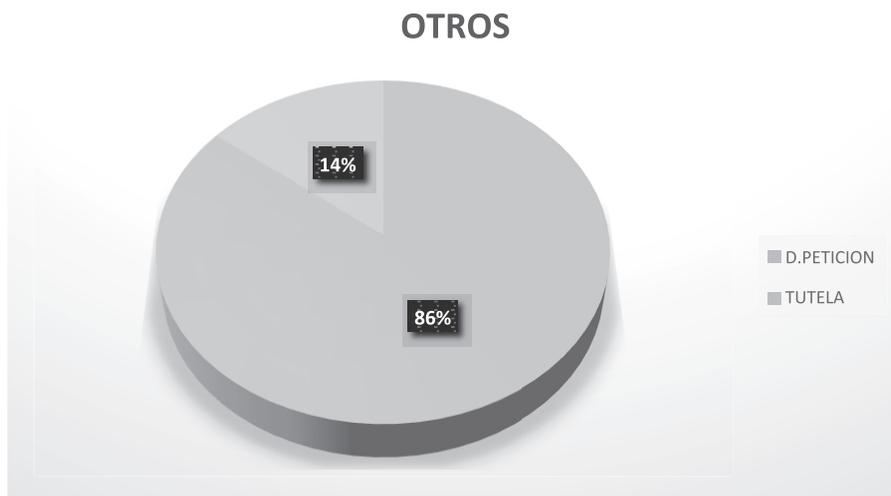
Gráfica 11. Resultados favorables

Elaboración Propia. Fuente Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección de los años 2016 y 2017



Gráfica 12. Resultados Desfavorables

Elaboración Propia. Fuente Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección de los años 2016 y 2017



Gráfica 13. Otros

Elaboración Propia. Fuente Datos estadísticos obtenidos de los archivos del Consultorio Jurídico, del informe final de dirección de los años 2016 y 2017

De las anteriores Gráficas descritas se logró discriminar a través de los informes finales de los estudiantes los resultados favorables, los resultados desfavorables y otros resultados como documentos

sin entregar por el usuario, desistidos y no retirados establecidos en porcentajes de la siguiente manera:

Resultados Favorables: 48 derechos de petición equivalentes al 61%, 27 acciones de tutela equivalentes al 35%, 2 recursos equivalentes al 3% y finalmente 1 desacato equivalente al 1% para un total de 78 documentos.

Resultados Desfavorables: Tenemos 31 derechos de petición equivalente al 86% y 5 recursos equivalentes al 14% para un total de 36 documentos

Otros Resultados: 12 peticiones equivalentes al 86%, 2 acciones de tutela equivalentes al 14%, para un total de 14 documentos.

Para un total final de documentos elaborados de que sirvieron de muestra 128.

Las estadísticas relacionadas demuestran sin lugar a duda alguna que el derecho de petición no solo es un derecho fundamental o un mecanismo de participación ciudadana, sino que también es la herramienta primaria para acceder a la justicia y reclamar derechos individuales o colectivos, pues los que han sido favorables han impactado a la comunidad de Sincelejo y han evitado que futuros procesos lleguen a instancias de conciliaciones prejudicial, demandas judiciales y sobre todo han evitado que el conflicto suscitado congestione los anaqueles de los despachos de los jueces, de las entidades públicas, así como de las privadas, pues con la solución dada con la sola presentación de la petición, debidamente argumentado y soportado han dado a esta herramienta la posible denominación de ser un verdadero mecanismo de solución de conflicto y lo mejor a un, sin intervención de terceros que tengan que avalar algún acuerdo.

Si el derecho a pedir no hubiese sido instituido en nuestro ordenamiento jurídico Colombiano bajo los parámetros en los que está establecido hoy más que nunca estuviéramos inmersos en una congestión judicial anárquica, debido que cualquier simple problema por muy pequeño que sea tendría que derivar al final en un pleito judicial o en una conciliación prejudicial como mínimo, lo que elevaría grandemente la ya recargada y apurada rama judicial en sus distintos órdenes jerárquicos, pues es así como un simple comparendo prescrito derivaría en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el del pago de un seguro de vida en una demanda civil contractual, los servicios de salud insatisfechos en tutelas, incidentes y hasta en demandas laborales, es por ello que los porcentajes favorables hablan por sí solos y

demuestran ampliamente la efectividad y eficiencia en la descongestión judicial del municipio de Sincelejo para los años de 2016 y 2017.

El derecho de petición durante las prácticas intramurales de la asignatura del Consultorio Jurídico de CECAR durante varios años ha sido el medio más utilizado por usuarios para acceder a la justicia y con ello al reconocimiento de los derechos reclamados por medio de este derecho fundamental, mecanismo de participación ciudadana y porque no mecanismo de solución de conflicto, pues en el área de derecho público que es donde pertenece la petición, la diferencia entre esta herramienta y los otros medios utilizados es bastante amplia, pues la tutela que es el segundo medio que se utiliza para acceder a la justicia es ampliamente superada por la petición como se evidencia en las gráficas anteriormente descritas, lo que deslumbra de cómo la gente del común y de escasos recursos económicos según su caso, demanda mayor documento a realizar a la petición lo que convierte a este derecho fundamental en una herramienta idónea para exigir sus derechos y manifestar sus inconformidades, accediendo con ello a la justicia y contribuyendo a las descongestión judicial en la ciudad de Sincelejo.

Efectividad del derecho de petición desde la práctica jurídica del consultorio jurídico de CECAR en la descongestión de los despachos judiciales

De acuerdo al Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca: *“La efectividad del derecho de petición radica en que lo resuelto trascienda el ámbito del sujeto que lo adopta, que se conteste en forma total a sus peticiones y sea puesto en conocimiento del peticionario.”* La Petición vista desde tres puntos de vista desde deslumbra su importancia y trascendencia en nuestro ámbito jurídico, social, económico y político, ya que es una herramienta que empodera a los ciudadanos y los dota de capacidades para nivelarse a las autoridades otorgándoles confianza y seguridad para exigir de las autoridades respuestas veraces oportunas y coherentes con lo solicitado, esos punto de vista son: como Derecho fundamental, Mecanismo de Participación ciudadana y como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflicto.

Desde estos puntos de vista el Consultorio Jurídico del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe apunta a lograr el máximo grado de efectividad. Teniendo como efectividad la conjunción entre eficiencia y eficacia para el cumplimiento de los fines de la petición.

1. **La Petición Como Derecho Fundamental:** Desde Consultorio Jurídico del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe se contribuye a garantizar este derecho constitucional el cual es inherente a la persona humana, dicha contribución consiste en la atención, asesoría, elaboración y presentación de documentos, esto lleva a la dignificación de nuestros usuarios y su entorno familiar con lo cual se le permite acceder a la justicia al usuario mediante la petición como primer contacto con la entidad con la cual tiene la inconformidad y de la cual se está exigiendo algo.
2. **La Petición Como Mecanismo de Participación Ciudadana:** El Consultorio Jurídico del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe evidencia su contribución en este campo por medio de la atención, asesoría, elaboración y presentación de documentos que permiten que el ciudadano del común por medio de sus solicitudes participen en la construcción y desarrollo de herramientas para mejorar su entorno social y a la vez les permite pedir a las autoridades explicación por sus actuaciones, de esta manera se consigue fortalecer nuestra democracia.
3. **La Petición Como Herramienta de Solución de Conflicto:** La participación del Consultorio Jurídico del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe se muestra en el sentido que los usuarios al solicitar nuestros servicios por regla general presentan una insatisfacción en el uso o prestación de los servicios públicos lo que generaría un conflicto, en este campo se contribuye con la atención, asesoría, elaboración y presentación de documentos argumentados jurídicamente y basados en su viabilidad legal su respuesta satisface y soluciona la problemática presentada.

Por lo anterior consideramos que desde estos puntos de vista se garantizan los postulados y fines esenciales de un Estado Social Derecho desde la efectividad del Derecho de Petición. Lo cual se demuestra con los datos estadísticos que se relacionaron a este capítulo de los años 2016 y 2017 donde se evidencia la efectividad e incidencia que desde el consultorio se está generando para la descongestión judicial y para tener acceso a la justicia, pues al realizar las diferentes peticiones para los múltiples casos que se tramitan a los usuarios que ante nosotros acuden.

Conclusiones

La petición es un gran logro del Estado Social de Derecho porque empodera a las personas dotándolas de herramientas para poder exigir a las autoridades soluciones concretas y factibles a sus necesidades, desde Consultorio Jurídico De La Corporación Universitaria del Caribe CECAR, se ha venido fortaleciendo ese postulado de la “Dignidad Humana” y garantizando ese derecho fundamental por medio de los servicios que presta a la comunidad y capacitando, sensibilizando y dotando a futuros profesionales para prestar un servicio de calidad. La proyección social que se denota y el impacto que logra la gestión del Consultorio Jurídico es establecida de la siguiente forma:

En primer lugar podemos concluir que es clara e inequívoca la incidencia del derecho de petición en la descongestión judicial en el municipio de Sincelejo durante los años 2016 y 2017 desde la práctica de consultorio jurídico de CECAR, pues mediante la elaboración de sendos documentos realizados a los usuarios por nuestro personal estudiante, monitor y con revisión del docente asesor como lo son las peticiones, tutelas, recursos, incidentes de desacatos, descargos e impugnaciones, se ha logrado incidir positivamente en muchos asuntos en los cuales de no haber sido por el derecho de petición presentado, muy probablemente hubiesen proseguido por parte del usuario a su solución por medio de procesos judiciales como los de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de tutela, las acciones de protección al consumidor, demanda por incumplimiento de contrato de seguros entre otras.

Así mismo se estableció que el derecho de petición en nuestro país desde sus inicios como estados independientes de la corona española hasta nuestros días como República soberana, ha evolucionado positivamente en nuestro ordenamiento jurídico, pues se ha instituido constitucionalmente el derecho de petición como derecho fundamental de todas las personas, así como mecanismos de participación ciudadana dándole con ello pluralidad de funciones, soportada en la ley que regula en detalle sus características, concepto, requisitos, clases entre otras cosas, sumado a que todos los preceptos se encuentran ratificados ampliamente y sin lugar a inexactitudes por la jurisprudencia del país decantando de forma, clara, precisa y sin restricción alguna la especial protección que este derecho demanda.

Cómo segundo punto se analizó las estadísticas del Consultorio Jurídico en derecho público y respecto de la petición y se concluyó que en la práctica del consultorio jurídico de CECAR de los años 2016 y 2017

quedo claro que el derecho de petición es el medio más utilizado para acudir de manera directa a la reclamación de los derechos del usuario o a la solución del problema planteado con un 68% frente a su segundo competidor que fue la acción de tutela con un 21%.

La tercera y última conclusión nos lleva a establecer sin miedo alguno la efectividad del derecho de petición desde los diferentes puntos de vista tomados (como derecho fundamental, como mecanismo de participación o como herramienta de solución de conflicto), pues de los 1371 casos registrados en los años de 2016 y 2017 en materia de derecho público, el más utilizado para reclamar los derechos fue precisamente el derecho de petición quien con un 68% de utilización correspondiente a 919 peticiones presentadas con lo que se demuestra el amplio margen de diferencia frente a la acción de tutela que con un 21% correspondiente a 290 documentos elaborados, por lo que se ubica en segundo lugar de utilización para acceder a la justicia y reclamar sus derechos, es por ello que podemos concluir que desde la práctica del Consultorio Jurídico de CECAR se impactó directamente en la comunidad para que tuvieran acceso a la justicia y a su vez coadyuvo a la descongestión de los despachos judiciales del municipio de Sincelejo, puesto que del total de los documentos elaborados durante los dos años relacionados en las estadísticas, se demostró con el muestreo del 10% correspondiente al número de 128 documentos, se estableció que 78 fueron resueltos de manera favorable, correspondiendo al derecho de petición el 61% frente a un 35% de la acción de tutela, seguido por el 3% del recurso.

Referencias

(s.f.). Obtenido de http://app.vlex.com.ezproxy.cecar.edu.co:8080/#CO/search/jurisdiction:CO+content_type:1/derecho+de+peticion/CO/vid/571260906/graphical_version

(Sentencia de Tutela T-487, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Rios (Corte Constitucional colombiana 28 de julio de 2018).

Bartomeu, P. (1997). *El Derecho de Petición*. Madrid: Marcial Pons.

Constitución, 1821 (Congreso De La República 30 de agosto de 1821).

Obtenido de http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-16/html/0260ce5e-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html

Constitución Política de Colombia (1991).

Constitución Política de la República de Colombia (1886). Obtenido de <http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/colombia1886.pdf>

Constitución Política de los Estado Unidos de Colombia (Congreso De la República 08 de mayo de 1863).

Ley 1437, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Congreso De La Republica 18 de enero de 2011).

Ley 1755 (30 de junio de 2015). Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1755_2015.html

Penagos, Gustavo. “*La Vía Gubernativa*” Ediciones Doctrina Y Ley Ltda 2005, 3ª Edición.

Rodríguez R., Libardo. “*Derecho Administrativo General Y Colombiano*”. Editorial Temis S.A., 18ª Edición 2013.

Sentencia T-332 , Magistrado Ponente Alberto Rojas Rios (Corte Constitucional colombiana 01 de junio de 2015).

INCIDENCIA DEL PROCESO MONITORIO COMO GARANTÍA DEL DERECHO DE CRÉDITO EN LOS PROCESOS ADELANTADOS EN LOS JUZGADOS CIVILES MUNICIPALES DE SINCELEJO, AÑOS 2016 Y 2017

Jorge Armando Valdelamar Montes¹
Jaison Sierra Ramírez²
Sindry Murillo Calderin³

Resumen

El presente artículo presenta los resultados de una investigación Sociojurídica orientada a establecer la incidencia del proceso monitorio sobre el derecho de crédito en los procesos adelantados en los juzgados civiles municipales de Sincelejo. Constituyo un trabajo de tipo descriptivo, realizado bajo un enfoque cualitativo, empleando fuentes secundarias de información, es decir, es un trabajo realizado teniendo como base fuentes documentales. Consta de cuatro partes, en las cuales se abordan los ejes temáticos referidos al derecho de crédito, los procesos monitorios y la conciliación extrajudicial en derecho desde la doctrina, la legislación y la jurisprudencia colombiana. Finalmente se realizó un análisis de las estadísticas de procesos monitorios manejadas por los juzgados civiles municipales de Sincelejo, que permitió observar el comportamiento y uso de esta figura procesal y su incidencia como garantía judicial del derecho de crédito, y los aportes del Consultorio Jurídico de CECAR, en el manejo de estos procesos.

1 Especialista en Derecho Procesal Civil, Conciliador Extrajudicial en Derecho y Abogado. Docente Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de CECAR. miembro del Grupo de Investigación GISCER. Email: jorge.valdelamar@cecar.edu.co

2 Egresado del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Email: jaison.sierra@cecar.edu.co

3 Candidata a Especialista en Derecho Procesal Civil y Egresado del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Email: sindri.murillo@cecar.edu.co

Palabras clave: Incidencia, Proceso Monitorio, Garantía, Derecho de Crédito, Juzgados Civiles, Consultorio Jurídico

Abstract

This article presents the results of a Sociojurídica investigation aimed at establishing the incidence of the monitoring process on the right to credit in the processes carried out in the municipal civil courts of Sincelejo. It constitutes a descriptive type of work, carried out under a qualitative approach, using secondary sources of information, that is to say, it is a work carried out on the basis of documentary sources. It consists of four parts, in which the thematic axes referred to the right of credit, the monitorios processes and the extrajudicial conciliation in right are approached from the doctrine, the legislation and the Colombian jurisprudence. Finally, an analysis was made of the statistics of monitorios processes managed by the municipal civil courts of Sincelejo, which allowed observing the behavior and use of this procedural figure and its incidence as a judicial guarantee of the right to credit, and the contributions of the Legal Clinic of CECAR, in the management of these processes.

Key words: Incidence, Payment Process, Guarantee, Credit Law, Civil Courts, Legal Consulting

Introducción

Con la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), se introdujeron varias figuras procesales cuya finalidad era dinamizar los procesos e innovar en materia procedimental, a efectos de garantizar una justicia eficiente, eficaz y rápida. Dentro de estas innovaciones, el legislador incorporó el proceso monitorio, cuyo objetivo principal es garantizar el derecho de crédito de un acreedor cuando carece de título ejecutivo para hacer efectiva su obligación en sede judicial. No obstante, dada su naturaleza de proceso declarativo especial, y atendiendo a sus características, teniendo como presente lo preceptuado en el artículo 38 del Código General del Proceso (2012), resulta jurídicamente inquietante analizarlo desde la practica conciliatoria extrajudicial en derecho, ya que como se sabe, ésta se constituye para los procesos de esta naturaleza en requisito de procedibilidad, no obstante, en las excepciones expresamente señaladas en el artículo citado, no se encuentra este tipo de proceso, por lo

que surge el interrogante sobre la procedencia del mecanismo alternativo de solución de conflictos para los procesos monitorios.

Ahora bien, como quiera que el proceso judicial diseñado por el legislador tiene como objeto la garantía de un derecho sustancial, se hace necesario estudiar la incidencia de éste frente a la protección del derecho de crédito, ya que existen otros procesos en el mismo catalogo normativo con similar función, particularmente. Resulta relevante cuestionarse desde la óptica jurídica esta situación, en una sección del país que se caracteriza por la informalidad de las relaciones civiles y comerciales, afectando de esta manera su derecho de acceso a la tutela judicial efectiva de sus derechos. Por ello, teniendo en cuenta lo anterior, la pregunta sobre la cual gira esta investigación es: ¿Cuál es la incidencia del proceso monitorio como garantía del derecho de crédito en los procesos adelantados en los juzgados civiles municipales de Sincelejo – Colombia, desde la práctica del Consultorio Jurídico de CECAR, durante los años 2016 y 2017?

En este orden de ideas, consideramos que este trabajo aporta al debate académico y jurídico en cuanto a la temática abordada, en la medida en que ésta sienta bases en el estudio de las diferentes figuras procesales, a través de la recopilación y análisis de información contenida en distintas fuentes bibliográficas y normativas. La presente investigación asume como límite espacial los juzgados civiles municipales de la ciudad de Sincelejo, Colombia, ya que queremos analizar el comportamiento de la figura procesal objeto de estudio, frente a la realidad social y costumbres jurídicas de esta zona del país, que se ha caracterizado, principalmente, por la informalidad en muchas de sus dinámicas. Es por ello que el presente trabajo permitiría hacer un análisis no solo del proceso monitorio y su configuración en el Código General del Proceso, sino que permitirá observar varias posturas académicas, jurídicas y jurisprudenciales sobre la figura del mecanismo alternativo de solución de conflictos, y la incidencia que este tiene sobre la finalidad principal del proceso monitorio, que es la satisfacción del derecho de crédito.

De lo anterior se desprende su relevancia y pertinencia, ya que aporta elementos de juicio para el debate jurídico – procesal que existe en torno a esta temática, y que ha hecho que las Altas Cortes se pronuncien al respecto. Ergo, como el propósito es establecer la incidencia del proceso monitorio como garantía del derecho de crédito en los procesos que se adelantaron en los juzgados civiles municipales de Sincelejo durante los años 2016 y 2017, en un primer momento

se realizará un desarrollo conceptual del derecho de crédito. En un momento se hará un abordaje de la figura del proceso objeto de estudio a nivel doctrinal, legal y jurisprudencial, para luego estudiar la figura de la conciliación extrajudicial en derecho en relación con los procesos monitorios, para finalmente hacer un análisis estadístico de esta figura procesal, incluyendo las estadísticas manejadas por el Consultorio Jurídico de CECAR.

Derecho de Crédito en el ordenamiento jurídico colombiano

Para Enciclopedia Jurídica (2018), el derecho se define como: “el derecho otorgado al titular o legitimado (acreedor) de poder exigir a otra persona de derecho (deudor) una prestación. Esta puede ser de dar, hacer o no hacer.”

De la anterior de definición se desprende que este derecho se configura con el establecimiento de una relación jurídica surgida de un negocio jurídico, es decir, de la relación que tiene una persona respecto de otra, en la cual la segunda está obligada con la primera a dar, hacer o no hacer algo (Termera & Mantilla, 2018). En suma, la característica fundamental del derecho de crédito está dada por la configuración de la *obligación*. Esta obligación, de acuerdo a las *Institutas de Justiniano*, extraídas de la obra de Alterini, Ameal y López (1995), citadas por Jiménez (2013): “Es un vínculo jurídico, de acuerdo con nuestro Derecho Civil que nos constriñe a pagar una cosa (*Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitates jura*)”.

De la misma manera, se identifica que esta relación es de carácter prestacional, de acuerdo a sus características, evidenciándose una relación correlativa puesto que, para uno de los integrantes de la relación jurídica, de carácter patrimonial y de temporalidad establecida, se establece un derecho subjetivo de crédito (acreedor), y para el otro se configura un deber jurídico de pagar (deudor) (Jiménez, 2013b).

Ahora, esta concepción de derecho de crédito y de obligación, se origina en las disposiciones normativas de la antigua Roma. En un artículo de investigación, que ya se ha referido en líneas anteriores, el doctrinante Jorge Jiménez Bolaños, publicado por la Revista Judicial de Costa Rica (2013), al hacer un análisis de la evolución de la obligación en Roma, afirma:

La figura más antigua relativa al instituto de la obligación en el Derecho Romano es la sponsio rito aitiquísimo que se basaba en la fuerza religiosa de un juramento ante los dioses, luego es sustituida en las Doce Tablas por un deber laico fundamentándose en el oportere que era un deber civil reconocido por el ordenamiento y permitía la ejecución civil a través de la legis actio per iudicis arbitrive postulationem.

Haciendo un salto en el tiempo y en la historia, en el ordenamiento jurídico colombiano, el derecho de crédito está regulado por el Código Civil, y lo define así:

Derechos personales o créditos. Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales. (Ley 57 de 1887, art. 666)

Como la premisa general de este derecho es la obligación, para el legislador colombiano una persona puede obligarse siempre que sea legalmente capaz, que manifieste su consentimiento no viciado, que el acto o declaración tengan objeto y causa lícitos. (Ley 57 de 1887, art. 1502). Al configurarse lo anterior y existir el acuerdo de voluntades nace la relación jurídica entre las partes. Ahora, se habla de incumplimiento de la obligación cuando falta de cumplimiento estricta y eficaz de la *prestación debida* por el obligado (deudor) (Universidad Politécnica de Cartagena, 2018).

Para la garantía de este derecho, el mismo ordenamiento jurídico colombiano, establece varias herramientas jurídicas para su protección como la fianza, la hipoteca y la prenda (Ley 57 de 1887, art. 65), y se materializa a través de distintos instrumentos. Pero particularmente, como derecho subjetivo, tiene varias figuras procesales por las cuales se puede exigir la obligación incumplida, entre ellos, en materia civil se destacan el proceso ejecutivo y el nuevo proceso monitorio, que serán estudiados seguidamente.

Proceso Monitorio en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia colombiana.

El Código General del Proceso, trajo dentro de sus innovaciones la figura del proceso monitorio, como un avance y una innovación al sistema

procesal, para la garantía expedita, en sede judicial del derecho sustancial que le asiste a un acreedor, en una relación de crédito, para solicitar el pago de una obligación de carácter dineraria cuando carece de un título ejecutivo (Nisimblat & y Luna, 2016).

Esta figura procesal quedó regulada a partir del artículo 419 de la Ley 1564 de 2012, y está en el catálogo de los procesos declarativos especiales. Este tipo de procesos se caracteriza por su informalidad, no obstante, por tratarse de un proceso declarativo, al tenor de la ley 640 de 2001, para este tipo de procesos se exige como requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial en derecho (Colmenares, 2018). sobre este punto existen varios autores que difieren en su posición, considerando que por ser proceso declarativo si debe tener como requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial, otros, por el contrario, atendiendo su naturaleza, son de la tesis que este proceso, por demás expedito, está exento de este requisito (Caidedo, 2016). Entre ellas se encuentra Rodríguez (2018) quien semana que:

El requisito de la conciliación prejudicial para iniciar un procedimiento monitorio, sí que favorece a la satisfacción del crédito y la descongestión de la justicia. Sin embargo, no debe perderse de vista que el afianzamiento de tal requisito de procedibilidad como herramienta útil, se dará en la medida en la que los usuarios de la administración de justicia se concienticen del adecuado uso que pueden hacer de la conciliación; ya es hora de dejar de verla como un simple paso que cumplir para lograr llegar a instancias litigiosas, para comenzar a entenderla como una verdadera aliada en la solución amistosa de las controversias.

Pero más allá de la discusión procesal, se requiere hacer un abordaje desde el enfoque del derecho de crédito, ya que éste derecho sustancial que es el que se pretende tutelar a través del proceso judicial, también tiene otros mecanismos legales para su protección, y que también tuvieron reformas o adecuaciones en el nuevo sistema procesal introducido por la Ley 1564 de 2012 (Canosa, 2012).

Para Sánchez (2015), el proceso monitorio funde sus orígenes en la legislación europea, y se configuró como una herramienta jurídica ágil y eficaz que evitara las demoras de los trámites procesales ordinarios para hacer frente a la mora en la que incurrían los ciudadanos europeos, cuya implementación empezó a partir del 2008. Para el autor, la introducción de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano, supone una

nueva mirada de la jurisdicción civil y representa una alternativa de solución y materialización del derecho a la tutela judicial efectiva en una relación de crédito donde no existe un documento o título que respalde la obligación. Para el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, promotor de esta iniciativa, este proceso tiene como objeto la satisfacción o pago de una obligación de carácter dinerario, con las características propias de una obligación de esta naturaleza, y que su valor esté dentro del rango de menor cuantía (hasta 40 SMLMV).

El Código General del Proceso lo regula de la siguiente manera:

Artículo 419. Procedencia. Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio con sujeción a las disposiciones de este Capítulo.

En el artículo siguiente (420, CGP), se establecen los requisitos que debe contener la demanda en forma cuando se pretenda hacer ejercicio de esta figura, a saber, los siguientes:

1. Designación del juez al que se dirige.
2. Generales de ley de demandante y demandado, o de sus representantes o apoderados, según sea el caso.
3. Pretensión clara y precisa.
4. Hechos.
5. Manifestación clara, expresa y precisa de no dependencia de una contraprestación a cargo del legitimado en activa (acreedor).
6. Pruebas aportadas o solicitadas.
7. Aporte de los documentos en donde conste la obligación contractual o la manifestación juramentada de la no existencia de los mismos.
8. Direcciones de notificaciones
9. Anexos pertinentes.

Para Muñoz (2012), el trámite establecido por el Nuevo Estatuto Procesal en el artículo 421, se puede representar gráficamente de la siguiente manera:

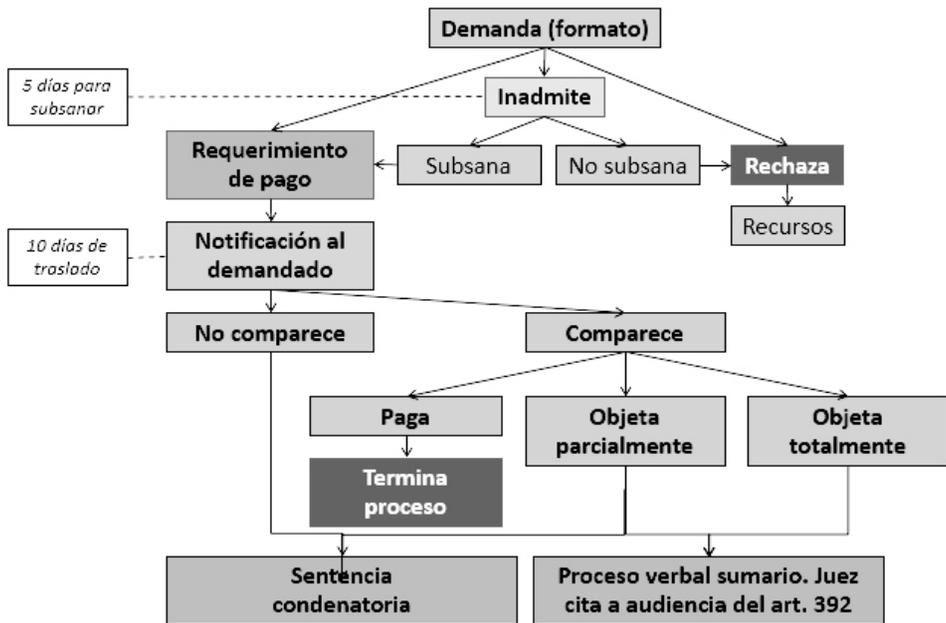


Figura 1. Trámite de los Procesos Monitorios – Art. 421 del CGP.

Fuente: Tomado de: <https://munozmontoya.com/2012/10/09/todo-sobre-los-procesos-monitorios-art-419-del-cgp/>

Para Nisimblat & Luna (2017), en este tipo de procesos únicamente se pueden ventilar asuntos, o mejor, obligaciones de carácter dinerario, lo que supone que no se pueden tramitar por ellas obligaciones que revistan la calidad de hacer o no hacer; en otras palabras, solo procede para obligaciones de pagos de sumas de dinero u obligaciones económicas incumplidas.

De otra parte, para Colmenares (2018), al abordar este proceso, empieza por enmarcarlo desde los principios que adopta el Código General del Proceso, desde su artículo 2°. Para el autor, coincidiendo con los anteriores, afirma que:

Con la finalidad de tutelar jurisdiccionalmente de una manera eficaz el derecho de crédito cuando no existe un título ejecutivo, se creó el instrumento denominado: “proceso monitorio” interpretado por el propio legislador

como “un trámite procesal sencillo a través del cual se facilita la constitución o el perfeccionamiento del título ejecutivo sin necesidad de agotar el trámite del proceso declarativo, siempre que el deudor no plantee oposición.

Ahora, respecto al trámite establecido en el artículo 421 de Código General del Proceso, en su ponencia sobre aspectos prácticos del proceso monitorio, Colmenares (2018), hace un análisis sobre las figuras y etapas procesales que intervienen y se desarrollan en el transcurso del proceso, acotando que respecto de la primera figura procesal que se presenta, oposición, en ella la carga de la prueba está en cabeza del demandante en el evento en que el demandado se opusiera, sin embargo, en caso contrario, cuando sea el demandado quien alegue hechos o situaciones que puedan generar la extinción de la obligación, le corresponderá aportar las pruebas. Otro aspecto relevante que destaca el autor es el que se refiere a la notificación, señalándose que para preservar la disposición constitucional de observancia del debido proceso, se deberá surtir la fase de notificación descrita en los artículos 291 y 292 de la Ley 1564 de 2012. Acto seguido la fase procesal siguiente es a comparecencia del demandado.

Otra de las particularidades que denota per sé el proceso monitorio es su calidad de proceso declarativo, y como tal debe surtir los trámites procesales y pre-procesales para garantizar su legitimidad. Sobre el particular, Colmenares (2018b) recuerda el contenido de la Ley 640 de 2001 que establece la conciliación como requisitos de procedibilidad en asuntos civiles. De acuerdo al autor, al tenor literal de la norma, el proceso monitorio no quedó excluido de este requisito de conformidad con el artículo 621 del CGP modificatorio de la mencionada Ley 640 de 2001 en su artículo 38. No obstante, al realizarse un juicio de constitucionalidad a la norma, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C – 726 de 2014, señaló que el legislador colombiano, al incluir el proceso monitorio en el nuevo estatuto procesal, con sus características y particularidades, tuvo una doble finalidad, (i) materializar el derecho de acceso a la justicia y garantizar el derecho de crédito, y (ii) descongestionar el aparato jurisdiccional del Estado. Ahora bien, como en el sistema colombiano el sistema de interpretación predominante es el sistemático, impone a la praxis jurídica del operador judicial interpretar la disposición que regula al proceso monitorio, obviando el *error involuntario* cometido por el legislador a no excluir tácitamente este tipo de procesos de los eximidos del

trámite pre-procesal de la conciliación. No obstante, sobre este particular se hablará más adelante.

Como quiera que el proceso monitorio no es en sí un proceso ejecutivo, para Colmenares (2018c), en curso del proceso monitorio no está facultado al operador judicial ejecutar de manera oficiosa la sentencia que se profiera en dicho proceso, en cualquiera de los dos eventos en que se presente. Sin embargo, a solicitud de parte, sin menester de interponer nueva demanda, se podrá ejecutar haciendo uso del denominado proceso ejecutivo impropio, o del proceso ejecutivo con base en la sentencia judicial.

Finalmente, para este tipo de procesos la norma no admite la interposición de recursos, intervención de terceros, reconveniciones excepciones, o emplazamientos. Lo que sí es posible solicitar el decreto y práctica de medidas previas o pre-cautelativas (Arnedo, y otros, 2016).

Conciliación Extrajudicial en Derecho en Colombia

En periodos de tiempo moderno, las sociedades de distintas maneras han alternado en particulares formas de administrarse justicia a sí mismas. En diversidad de maneras estas han constituido mecánicas clásicas de proveerse justicia social, estableciendo esquemas procesales ampliamente basados en el ritualismo y la inflexibilidad legal, gestándose así en su mayoría los sistemas clásicamente dispositivos de administración de justicia, que recogen en la actualidad gran parte de las estructuras judiciales de los estados. Es entonces la racionalidad humana la que da forma a los sistemas de administración de justicia, dejando a un lado aspectos de la primitiva violencia en camino a la obtención de derechos. Siendo criterio ordenador de la administración de justicia, debemos mencionar que este es a la vez una aptitud presente en las partes que asumen un conflicto y persiguen su resolución.

De manera alternativa a los sistemas clásicos de administración de justicia, encontramos formas simplificadas de resolver los distintos conflictos en la sociedad como la conciliación extrajudicial en derecho. A la cual debemos decir que, en conjunto con los demás mecanismos alternativos de resolución de conflictos, plantean un camino alternativo para la consecución de subterfugio a los problemas que surgen en medio de la convivencia en sociedad. (Zan, 2004)

Para Silva (2009) al aducir que: “contrario a la creencia normal, la conciliación no es una figura moderna en el Derecho colombiano”, resalta el intenso desarrollo normativo y práctico social, a partir de la

consagración de la Constitución política Colombiana de 1991, pero que esta está presente en Colombia desde los inicios de su vida republicana en el siglo XIX con la promulgación de la ley 13 de 1825. Podemos agregar, que a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, en Colombia, en referencia a la conciliación extrajudicial en derecho se conceptualiza un marco normativo disperso, que se aglutina finalmente con la ley 640 de 2001 y establece un concepto claro de esta, que recoge su importancia a nivel institucional, procesal y social.

Se le denomina *extrajudicial*, porque partiendo de ser una forma alternativa a los sistemas de justicia tradicional, se surte por fuera de los procedimientos judiciales del sistema ordinario y general de administración de justicia en Colombia; aunque cabe decir, que está igualmente presente dentro de estos, como etapa procesal correspondiente y necesaria de la mayoría de formas que conoce la justicia ordinaria. La conciliación extrajudicial en derecho, es entonces punto intermedio entre la ciudadanía y la función de administrar justicia por parte del estado, puesto que permite en primer lugar delegar la tan importante labor de integrar equidad ciudadana por medio de la justicia y descongestiona los ya atestados estrados judicial.

En Colombia, se debe decir, que hasta entrado el siglo XXI, aún se tenía por costumbre judicializar los problemas que surjan a diario; esto, a causa de la confianza legítima pero recelada en los medios que representa el estado y el poco merito a lo que no implique coercitividad y presencia de elevados funcionarios que por forzada labor impartan solución a los problemas ciudadanos. Viene ahora a ser la conciliación extrajudicial en derecho, modificador de esa concepción tradicional de judicialización de los problemas por más comunes y simples que se tengan, agitando las bases mismas de la costumbre ciudadana de cómo solucionar sus problemas y cambiando la percepción general de esto al día de hoy.

El establecimiento de la conciliación extrajudicial en derecho, como requisito de procedibilidad, constituye una apuesta importante por modificar la forma en que racionalmente le impartimos solución a los problemas; lo es así porque el estado conmina por intermedio de la ley a que se recurra al dialogo y la gestión simple del conflicto en espacios preparados para ello, en compañía de personal igualmente calificado y con la confianza legítima de que allí también se consigue justicia.

En lo que atañe a la figura de este mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC), la Ley 640 de 2001, en su artículo 38 establece

cuando este mecanismo se constituye en requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción civil. Por supuesto, está contemplada para los procesos declarativos, dentro de los que se encuentra el proceso monitorio, pero tal como se ha señalado anteriormente fue la misma Corte Constitucional la que estableció que la no inclusión del proceso monitorio en las exclusiones del artículo 38 de la Ley 640 de 2001, fue un yerro del legislador al momento de la configuración de la norma, no obstante al hacer un interpretación holística de la misma se entiende que la configuración, la génesis y la teleología de la misma, se considera que el monitorio está exento de este trámite previo.

Zanjada esta discusión jurídica, en la cual algunos autores consideraban que la sola pretensión de que se requiriera la conciliación pre-procesal, desnaturalizaría el proceso monitorio, y en consecuencia el mecanismo alternativo sustituiría al procedimiento judicial, se hace necesario entonces, observar, como se propuso al inicio, el comportamiento estadístico de esta figura en los juzgados civiles municipales de Sincelejo, en la marca temporal comprendida entre los años 2016 y 2017.

Análisis estadísticos de procesos monitorios adelantados en los juzgados civiles municipales de Sincelejo: años 2016 – 2017

Para el análisis estadístico, iniciaremos con las cifras generales manejadas por los juzgados civiles municipales de Sincelejo durante los años 2016 y 2017. Para ello, tendremos en cuenta los siguientes indicadores, de acuerdo con los informes de la Unidad de Desarrollo y Análisis del Consejo Superior de la Judicatura para los años respectivos:

1. Ingresos y Egresos efectivos y promedio mensual de ingresos.
2. Total Inventario final.
3. Promedios mensuales de ingresos y egresos procesos y tutelas e impugnaciones.
4. Índice de evaluación parcial efectivo.

Así las cosas, tenemos que entre enero de 2016 y diciembre de 2017, ingresaron a los juzgados civiles municipales de Sincelejo nueve mil ciento diez (9110) procesos judiciales, distribuidos como se muestra en la siguiente figura:

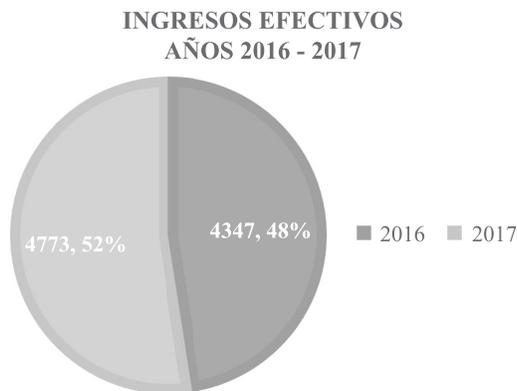


Figura 2. *Ingresos Efectivos Juzgados Civiles Municipales de Sincelejo 2016 - 2017.*

Fuente: Elaboración propia.

Para el año 2016, a los juzgados civiles de Sincelejo ingresaron cuatro mil trescientos cuarenta y siete (4347), distribuidos por juzgados como se muestra.

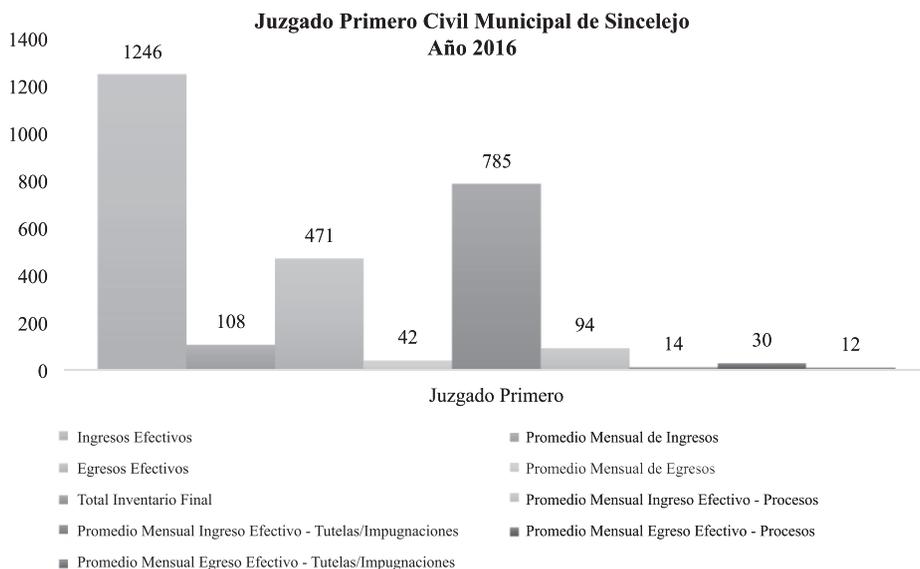


Figura 3. *Ingresos Efectivos Juzgado Primero Civil Municipal de Sincelejo 2016.*

Fuente: Elaboración propia.

Incidencia del proceso monitorio como garantía del derecho de crédito en los procesos adelantados en los juzgados civiles municipales de Sincelejo...

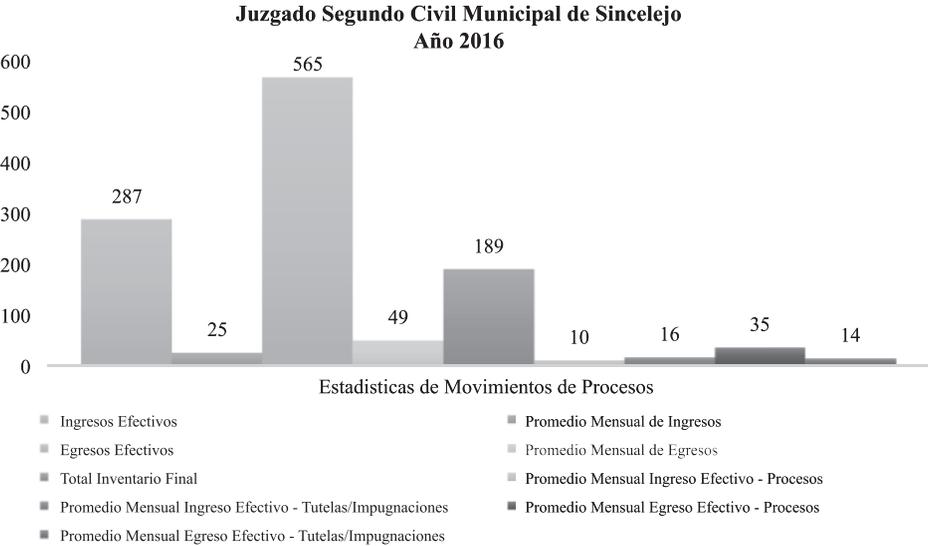


Figura 4. Ingresos Efectivos Juzgado Segundo Civil Municipal de Sincelejo 2016.
Fuente: Elaboración propia.

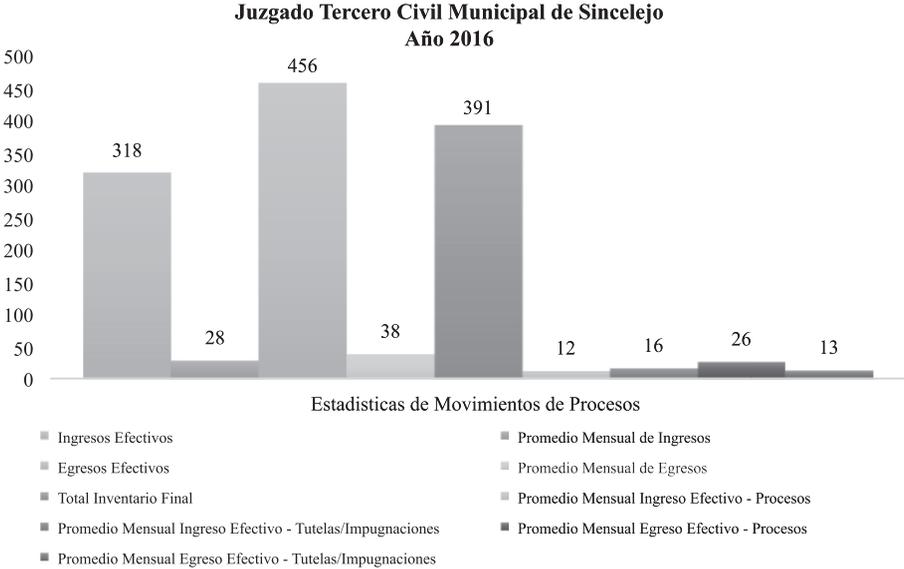


Figura 5. Ingresos Efectivos Juzgado Primero Civil Municipal de Sincelejo 2016.
Fuente: Elaboración propia.

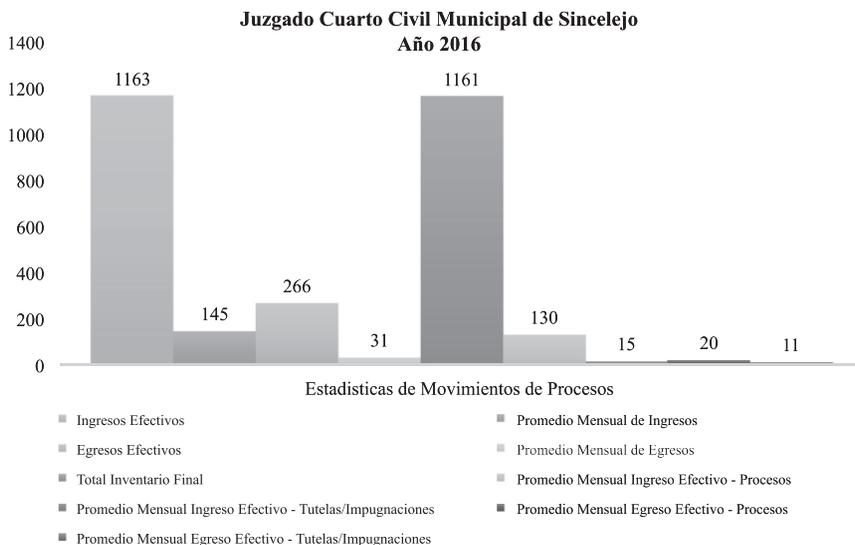


Figura 6. Ingresos Efectivos Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sincelejo 2016

Fuente: Elaboración propia

De conformidad con la información suministrada por el Sistema de Estadísticas de la Rama Judicial, el índice de ejecución de los juzgados civiles municipales de Sincelejo para el año 2016 estuvo en 70%, mientras que para el 2017 hubo un incremento del 12% obteniendo un índice de evacuación parcial efectivo del 82%. Para el año 2017, a los juzgados civiles de Sincelejo ingresaron cuatro mil setecientos setenta y tres (4773), distribuidos por juzgados como se muestra:

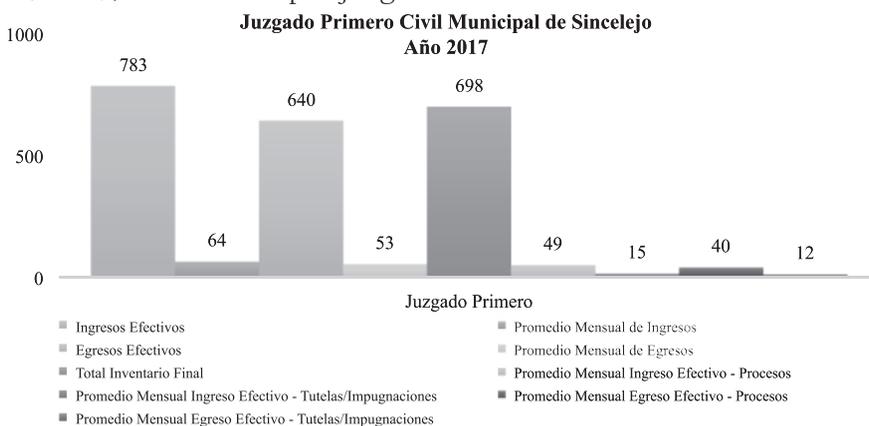


Figura 7. Ingresos Efectivos Juzgado Primero Civil Municipal de Sincelejo 2017.

Fuente: Elaboración propia.

Incidencia del proceso monitorio como garantía del derecho de crédito en los procesos adelantados en los juzgados civiles municipales de Sincelejo...

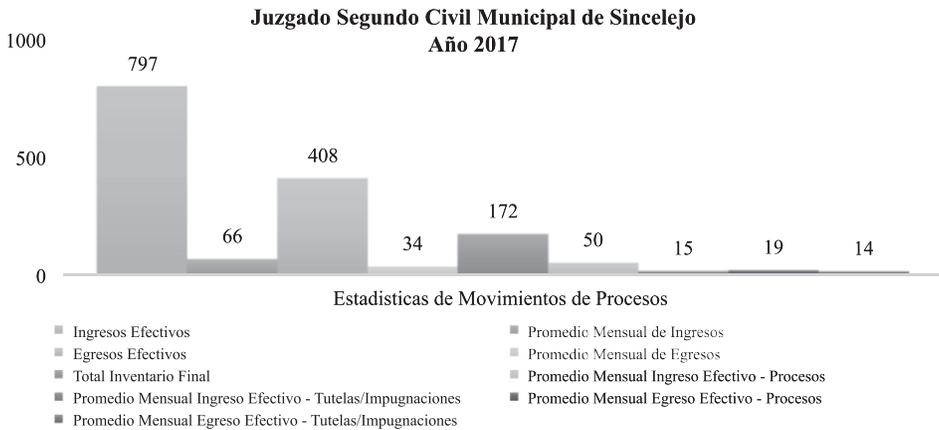


Figura 8. *Ingresos Efectivos Juzgado Segundo Civil Municipal de Sincelejo 2017.*

Fuente: Elaboración propia.

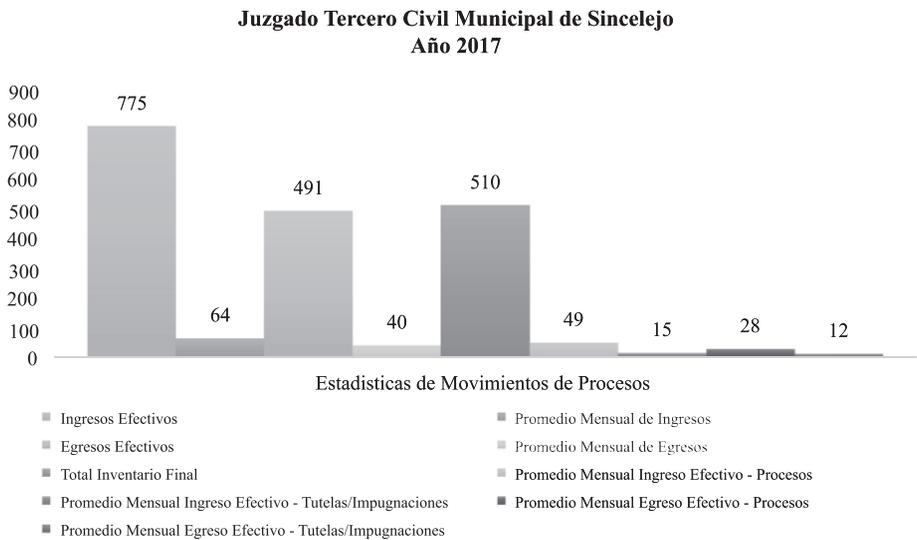


Figura 9. *Ingresos Efectivos Juzgado Primero Civil Municipal de Sincelejo 2017.*

Fuente: Elaboración propia.

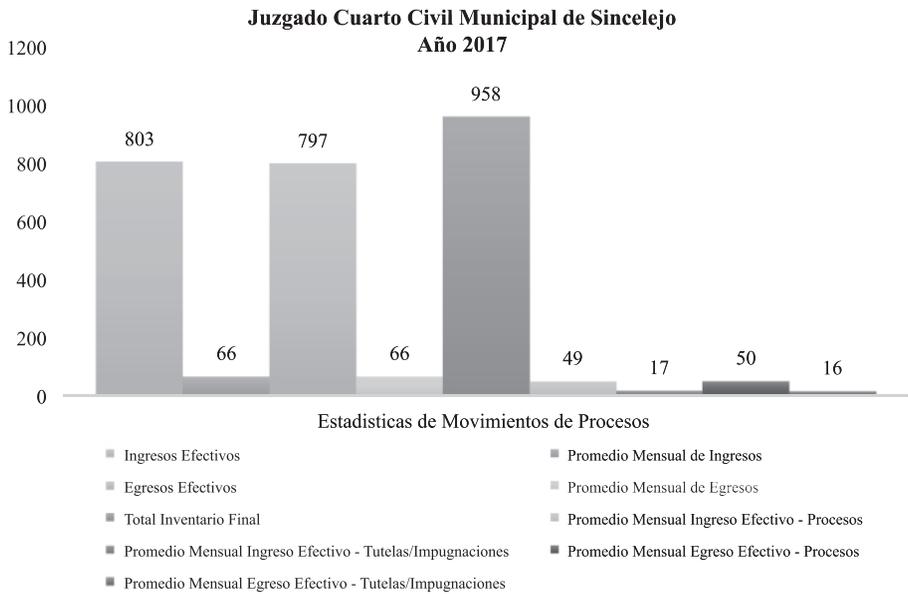


Figura 10. Ingresos Efectivos Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sincelejo 2017.

Fuente: Elaboración propia.

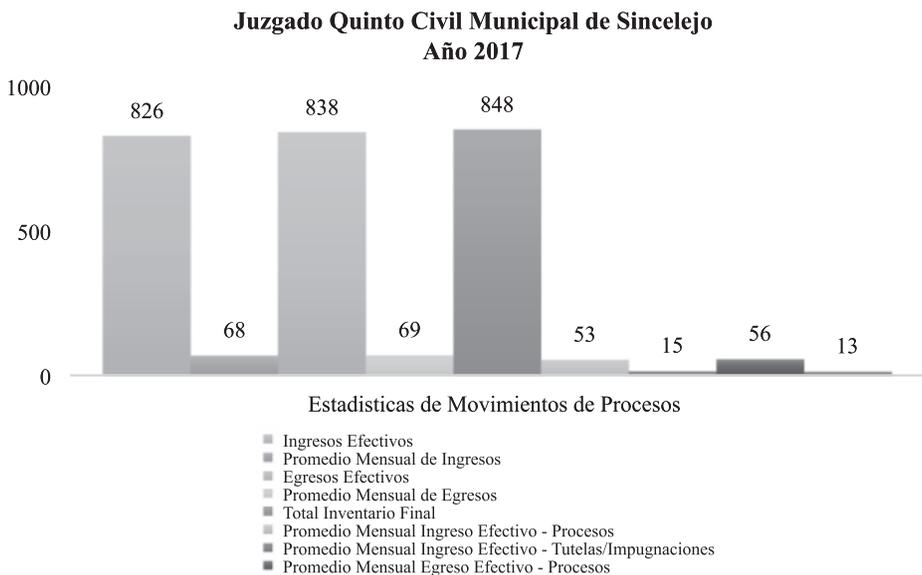


Figura 11. Ingresos Efectivos Juzgado Quinto Civil Municipal de Sincelejo 2017.

Fuente: Elaboración propia.

Incidencia del proceso monitorio como garantía del derecho de crédito en los procesos adelantados en los juzgados civiles municipales de Sincelejo...

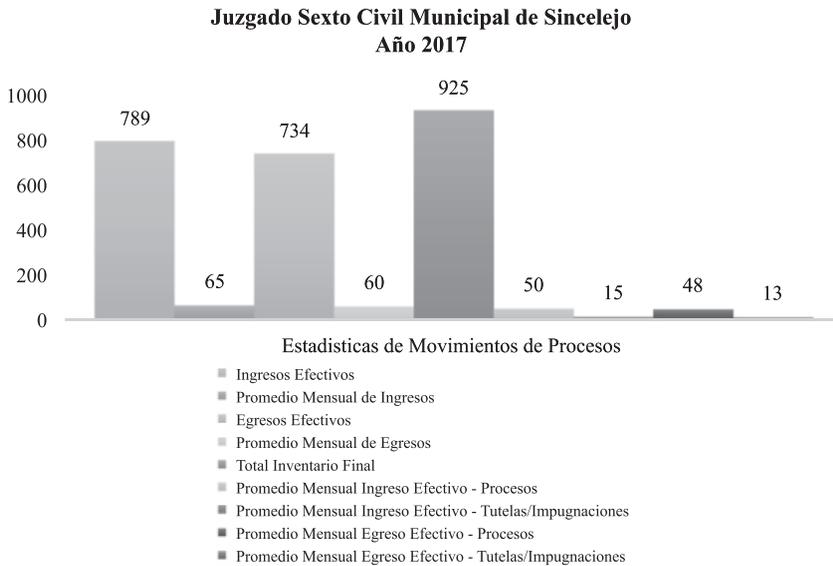


Figura 12. Ingresos Efectivos Juzgado Sexto Civil Municipal de Sincelejo 2017.

Fuente: Elaboración propia.

Procesos monitorios adelantados en los juzgados civiles municipales de Sincelejo durante los años 2016 – 2017

De acuerdo a los libros radicadores de los juzgados civiles municipales de Sincelejo, que fueron revisados para la investigación, se identificaron que en la marca temporal estudiada se tramitaron treinta (30) procesos monitorios, distribuidos así:



Figura 13. Procesos Monitorios Juzgados Civiles Municipales de Sincelejo 2016-2017.

Fuente: Elaboración propia.

Estadísticas por Juzgados PROCESOS MONITORIOS POR JUZGADOS 2016-2017

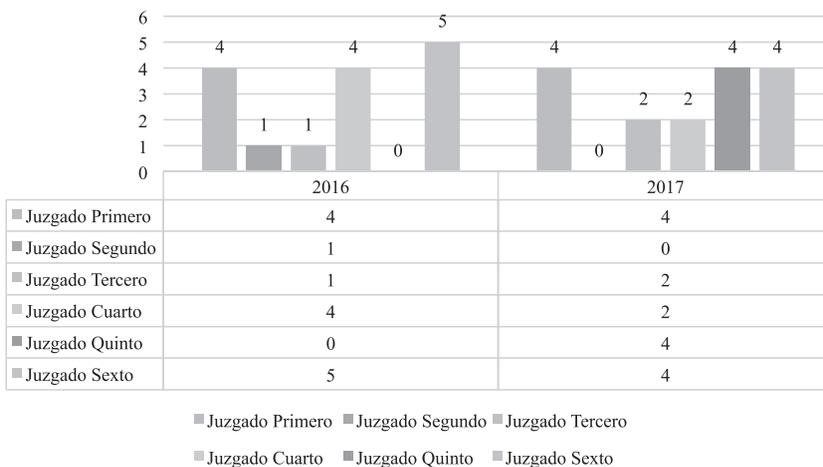


Figura 14. *Procesos Monitorios por Juzgados Civiles 2016-2017*

Fuente: Elaboración propia.

De los cuatro (4) procesos monitorios adelantados en el año 2016 en el Juzgado Primero Civil Municipal de Sincelejo, dos (2) están en estado de admitidos, uno (1) está en liquidación de crédito y uno (1) en ejecución. Para el año 2017 se adelantaron cuatro (4) monitorios de los cuales uno (1) fue rechazado por no subsanar, uno (1) está la terminación del proceso y la cancelación de la medida cautelar por pago de la obligación, uno (1) no admitido y uno (1) remite a juzgado civil de Cartagena.

En el único proceso adelantado en el Juzgado Segundo Municipal de Sincelejo solamente se obtuvo información de radicación y admisión del proceso.

En el Juzgado Tercero Civil Municipal de Sincelejo, se presentó en el 2016 un (1) solo proceso que está en sentencia que condena al demandado. Para el 2017 de presentaron dos (2), en uno (1) se confirma providencia de mandamiento de pago y decreto de medida cautelar, y uno (1) se realizó audiencia y se dictó sentencia.

En el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sincelejo, en 2016 se presentaron cuatro (4) procesos, en uno (1) se da por terminado el proceso por no comparecencia, uno (1) se dictó sentencia y condena al pago de la obligación. En uno (1) se encuentra en auto que se abstiene

de decretar medida cautelar y en uno (1) se condena al demandado al pago de la obligación. Para el 2017 se presentaron dos (2) procesos. Uno (1) se retiró la demanda y en otro se remitió a otro juzgado por falta de competencia.

En el Juzgado Quinto Civil Municipal de Sincelejo, en 2016 no se presentaron procesos monitorios. En 2017 se presentaron 4. De ellos uno (1) prosperó excepción de mérito y se dio por terminado el proceso, uno (1) admitido, uno (1) fijación de audiencia y uno (1) inadmitido.

En el Juzgado Sexto Civil Municipal de Sincelejo, se presentaron en 2016 cinco (5) monitorios, uno (1) se dio por terminado por desistimiento tácito, uno (1) inadmitido, uno (1) retiro de la demanda, uno (1) declaración de incompetencia y uno (1) expedite sentencia condenatoria. Para el 2017 se presentaron cuatro (4) monitorios, en uno (1) se libró mandamiento de pago, y tres (3) fueron rechazados.

Conclusiones

Una vez desarrollada la presente investigación, se pudo, en primer momento conceptualizar el derecho de crédito con fundamento en las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano, que lo establece como la relación jurídica que surge del acuerdo de voluntades entre dos personas por medio de la cual una se obliga respecto de otra al pago o reconocimiento en dinero de una obligación económica, cuya característica es la correlatividad por configurarse tanto en derecho subjetivo a favor del acreedor, como en deber jurídico para el deudor. Así mismo, como derecho subjetivo, tiene instrumentos y garantías jurídicas y judiciales para su protección.

De la misma manera se logró desarrollar la figura del proceso monitorio a partir de la Ley 1564 de 2012, que lo instituye como una herramienta novedosa que busca la protección real y material del derecho de crédito cuando el acreedor carece de título ejecutivo para hacer efectiva una obligación dineraria, aportando a la descongestión de los despachos judiciales debido a sus características de informalidad, celeridad y eficacia.

Se logró describir la conciliación extrajudicial en derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la Ley 640 de 2001, que la introduce como un mecanismo alternativo de solución de conflictos y la propone como requisito de procedibilidad para el ejercicio judicial, particularmente para los procesos civiles declarativos a partir del artículo

38, exceptuándose el proceso monitorio conforme al criterio de la Corte Constitucional.

Al realizar el análisis los procesos monitorios adelantados en los juzgados civiles municipales de Sincelejo durante los años 2016 y 2017, se encontró que muy a pesar de ser una figura nueva, su utilización ha sido significativa, no obstante no logra per sé, garantizar el derecho de crédito, teniéndose de esta manera que su incidencia en cuanto a la protección de este derecho subjetivo es baja, pues la mayoría de los procesos adelantados, tal como se observó en las estadísticas resultaron inadmitidos o rechazados. Lo que nos hace proponer la revisión de la efectividad de esta figura.

Referencias

- Alterino, A., Ameal, O., & López, R. (1995). *Derecho de Obligaciones: Civiles y Comerciales*. Michigan : Abeledo-Perrot.
- Arnedo, M., Brito, J., Díaz, J., Gil, D., Godín, A., Hernández, D., . . . Narváez, M. (Diciembre de 2016). *El Proceso Monitorio: instrumento procesal a la mano del ciudadano en desarrollo eficaz del derecho fundamental de acceso a la justicia*. Obtenido de Revista de Derecho Procesal Contemporáneo - ISSN 2463-0549 Edición 3 Julio - Diciembre de 2016, pp. 150-167. : publicacionesicdp.com/index.php/revista-semilleros-icdp/article/download/439/pdf
- Código Civil de Colombia. (25 de Mayo de 2018). *Ley 57 de 1887, Código Civil Colombiano*. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>
- Colmenares, C. (25 de Mayo de 2018). *Aspectos prácticos del Proceso Monitorio*. Obtenido de <http://colmenaresabogados.com/files/PONENCIA%20DEFINITIVA%20ASPECTOS%20PRACTICOS%20DEL%20PROCESO%20MONITORIO.pdf>
- Colmenares, C. (2018). *El proceso monitorio en el Código General del Proceso en Colombia: Ley 1564 de 2012*. Obtenido de <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/14carlos-alberto-colmenares.pdf>
- Jiménez, J. (Septiembre de 2013). *La obligación civil romana y las garantías de derecho de crédito*. *Revista Judicial Costa Rica*, N° 109. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31073.pdf>

Incidencia del proceso monitorio como garantía del derecho de crédito en los procesos adelantados en los juzgados civiles municipales de Sincelejo...

- Jurídica, E. (25 de Mayo de 2018). *Enciclopedia Jurídica*. Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-de-cr%C3%A9dito/derecho-de-cr%C3%A9dito.htm>
- Muñoz, J. (9 de Octubre de 2012). *Todo sobre los Procesos Monitorios (Art. 419 del CGP)*. Obtenido de <https://munozmontoya.com/2012/10/09/todo-sobre-los-procesos-monitorios-art-419-del-cgp/>
- Nisimblat, N., & Luna, F. (2017). *El Proceso Monitorio: Una innovación judicial para el ejercicio de derechos crediticios*. Obtenido de Revista Jurídica MARIO ALARIO D'FILIPPO. Cartagena (Colombia) Vol. IX. N° 17: 154-168, enero-junio 2017: <http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo>
- Rodríguez, M. (25 de Mayo de 2018). *La Conciliación, una aliada en la satisfacción del crédito*. Obtenido de <http://procesal.uexternado.edu.co/pR0c3-3xT3rNaD0-U3C/wp-content/uploads/2017/02/LA-CONCILIACION%20UNA-ALIADA-EN-LA-SATISFACCION%20DEL-CREDITO.pdf>
- Sánchez, P. (2015). *Hacia un Proceso Monitorio en Colombia*. Obtenido de Justicia, 28, 139-150: <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n28/n28a09.pdf>
- Silva, P. (11 de Agosto de 2009). *Desarrollo de la conciliación a partir de la Constitución de 1991*. Obtenido de <https://journal.poligran.edu.co/index.php/panorama/article/viewFile/215/195>
- Tenera, F., & Mantilla, F. (25 de Mayo de 2018). *El concepto de Derechos Reales*. Obtenido de Revista de Derecho Privado 2006 [en línea]: <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033184003.pdf>
- Universidad Politécnica de Cartagena. (25 de Mayo de 2018). *LECCIÓN 8ª. EL DERECHO DE CRÉDITO U OBLIGACIÓN (II)*. Obtenido de http://ocw.bib.upct.es/pluginfile.php/11989/mod_resource/content/3/LECCION-08.2.pdf
- Zan, J. d. (2004). *La ética los derechos y la Justicia*. Montevideo, Uruguay.: Fundacion Konrad Adenauer Stiftung E.V.

CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO MONITORIO: REFLEXIONES DESDE LA EXPERIENCIA DEL CONSULTORIO JURÍDICO DE CECAR, AÑO 2018

Jaime Navarro Galindo¹
Berenice Albis Salas²

Resumen

En el marco del proceso de modernización de las instituciones jurídicas que ha venido implementando Colombia, se han introducido mecanismos como el proceso monitorio reglamentado a través de la ley 1564 de 2012 y con vigencia desde 2016, con el fin de aminorar los problemas de congestión y baja eficiencia de la administración de justicia. El presente trabajo busco aportar elementos de reflexión que ayuden a la comprensión e implementación de este tipo de procesos, a la luz de la experiencia de su enseñanza y aplicación en el Consultorio Jurídico de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR. En la investigación se desarrollo una revisión general de las características del proceso monitorio, sus diferencias con otros tipos de procesos más tradicionales que persiguen objetivos similares y una descripción de las etapas y dificultades más importantes del proceso monitorio visto desde la práctica jurídica. Se logro identificar desde la practica, que la principal ventaja del proceso monitorio, con respecto a otros procesos más tradicionales con el mismo fin, es su simplicidad y ductilidad, lo que en últimas permite un mayor ahorro de tiempo y recursos en los procesos. Esto debido a se sustraen los formalismos procedimentales que comúnmente extienden de manera innecesaria la duración de un proceso judicial.

1 Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Laboral y Administrativo de Cekar en Convenio con la Universidad Libre. Docente de la Facultad de Derecho en la Corporación Universitaria del Caribe Cekar. Email: jaime.navarro@cecar.edu.co

2 Candidata a Magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Laboral, Administrativo y Procesal Civil de Cekar. Email: berenicealbis@hotmail.com

Palabras clave: proceso monitorio, proceso verbal sumario, proceso interrogatorio de parte, consultorio jurídico.

Abstract

Within the framework of the process of modernization of legal institutions that Colombia has been implementing, mechanisms have been introduced such as the monitoring process regulated through Law 1564 of 2012 and in force since 2016, in order to lessen the problems of congestion and low efficiency of the administration of justice. The present work seeks to contribute elements of reflection that help to the understanding and implementation of this type of processes, in light of the experience of its teaching and application in the Legal Clinic of the Caribbean University Corporation - CECAR. The research developed a general review of the characteristics of the monitoring process, its differences with other more traditional types of processes that pursue similar objectives and a description of the most important stages and difficulties of the monitoring process seen from the legal practice. It was possible to identify from the practice, that the main advantage of the monitoring process, with respect to other more traditional processes with the same purpose, is its simplicity and ductility, which ultimately allows greater savings of time and resources in the processes. This is due to the subtraction of procedural formalisms that commonly extend unnecessarily the duration of a judicial process.

Key words: order for payment process, summary verbal process, party interrogation process, legal concultory.

Introducción

En Colombia se ha venido implementando un proceso de modernización de las instituciones jurídicas con el fin de contrarrestar la mora judicial. Una de las novedades procedimentales más representativas y de potencial impacto sobre los procesos de descongestión y eficiencia de la justicia es el proceso monitorio, reglamentado a través de la ley 1564 de 2012 y que entró en vigencia a principios de 2016. Históricamente, uno de los problemas centrales de la administración de justicia en el país ha consistido en su baja capacidad para responder con celeridad a las demandas que pretenden satisfacer los derechos del crédito, debido un excesivo formalismo tanto en la concepción como en la aplicación de

las normas procedimentales sobre el tema (Sánchez, 2015). Justamente, los procesos monitorios, de amplia aplicación el contexto internacional, permiten superar parte de estas dificultades, concretamente cuando el acreedor carece de un título ejecutivo que le permita tener evidencia de una obligación a su favor y que le ofrezca la posibilidad de ejercer coercitivamente el cumplimiento de la acreencia ante la autoridad judicial.

La formación y acompañamiento a los estudiantes y docentes sobre el ejercicio de este tipo de procesos, ha sido en los últimos años una de las prioridades del Consultorio jurídico de la Corporación Educativa del Caribe -Cecar, como una forma de que la comunidad académica asimile los nuevos avances del derecho procesal. Si bien es reciente la normativa que regula el proceso monitorio, como para permitir un análisis de largo plazo sobre sus posibles impactos, de la experiencia académica y práctica del Consultorio jurídico es posible extraer algunas lecciones aprendidas y experiencias valiosas que puedan contribuir a avanzar en el conocimiento y difusión de este tema, tanto en la comunidad académica como en la comunidad en general. En este marco, el objetivo del presente trabajo consiste realizar una reflexión sobre la implementación de los procesos monitorios, a partir de la experiencia de su enseñanza y aplicación en el Consultorio Jurídico de la Corporación universitaria del Caribe – Cecar. En el primer capítulo del documento se presentan los fundamentos conceptuales del proceso monitorio y algunas de las diferencias con otros tipos de procesos más tradicionales que persiguen objetivos similares. En el segundo capítulo, se describe los elementos que constituyen el proceso monitorio en la práctica a la luz de la experiencia del Consultorio jurídico y se discuten algunas lecciones aprendidas. La última sección concluye, planteando a su vez algunas recomendaciones para mejorar el impacto que puede tener la aplicación de los procesos monitorios tanto como forma de orientación al estudiante y monitores adscritos al Consultorio jurídico, al cuerpo docente y el público en general.

El proceso monitorio

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, monitorio significa que sirve para avisar o amonestar (DRAE, 2017). En los países europeos el proceso monitorio ha sido una práctica con larga tradición, como lo muestran los casos como España, Alemania, Francia, Italia y en general la Unión Europea. En Latinoamérica, tiene una aplicación mucho más reciente en países como El Salvador, Venezuela, Honduras,

Uruguay y Chile. En general, en los países que lo han adoptado en su legislación ha mostrado ser exitosa como alternativa para la reclamación de los créditos impagados que no están soportados en un título documental de ejecución (Cervera, 2015).

En el derecho comparado es posible identificar dos tipos de procesos monitorios. El proceso monitorio puro y el proceso monitorio de estructura monitoria. El primero es el proceso monitorio puro, acogido por nuestro país según lo ratificado la jurisprudencia constitucional en Sentencia C – 726 de 2014, en el cual no se exige la prueba documental en la demanda. Este esquema procesal se caracteriza porque con la sola afirmación del acreedor el juez podrá intimidar o amonestar al deudor para que cancele la obligación, no se requiere que la obligación conste en un documento, ni siquiera que haya un principio de prueba documental para lograr ese cometido. El segundo, es el proceso de estructura monitoria el cual exige que la deuda se acredite documentalmente para que el juez emita el requerimiento o aviso de pago. Este último tipo de proceso monitorio se aplica en países como Italia, Francia, España y Venezuela, entre otros (Gómez, 2014).

Por otra parte, de acuerdo con la exposición de motivos presente en el Código General del Proceso, de la Ley 1564 de 2012, el proceso monitorio puro, que se aplica en Colombia, crea mecanismos que permiten extender el acceso a la justicia a los pequeños comerciantes y “al ciudadano de a pie”, que la mayoría de las veces, no documentan las obligaciones dinerarias y puede ver afectado sus acreencias porque el obligado niega la deuda o no quiera pagarla. Atendiendo a esta dificultad, el Código plantea que es suficiente la palabra del deudor para demostrar la existencia de la obligación y como consecuencia emitir la orden de pago (Ley 1564, 2012)

El proceso monitorio tiene diferencias sustanciales con respecto a los mecanismos tradicionales para solucionar conflictos dinerarios tales como el proceso verbal sumario y el interrogatorio de parte como prueba extraprocesal.

En comparación con el proceso verbal sumario, que busca obtener la certeza jurídica de un derecho que se presenta incierto o precario en cabeza de su titular, el proceso monitorio es más ágil para la recaudación del crédito, en la medida que, con la mera manifestación del acreedor sobre la existencia de la deuda plasmada en la petición del proceso o demanda, inicialmente se emite una orden de pago y ante el silencio del demandado se determina la condena. Por el contrario, en el proceso

verbal la condena surge de una sentencia, luego de darse el debate probatorio sobre la obligación. Más aún, en el proceso monitorio se parte del principio de buena fe del demandante sobre la existencia de una obligación crediticia.

Sin embargo e independientemente de la vía procesal que escoja el acreedor, pues el proceso monitorio es facultativo, es decir sólo se acudirá a él si éste lo decide así, el objetivo de ambos procedimientos judiciales es el mismo, salvaguardar los derechos de créditos de aquellas personas que, por diversas razones, no utilizan los medios de prueba documental que trae el ordenamiento jurídico para demostrar el crédito, a saber títulos valores y demás que reúnan los requisitos del artículo 488 del Código General del Proceso (Colmenares, 2017).

El proceso monitorio lo define el legislador colombiano como un proceso declarativo especial (artículo 419 del C. G del P). No es entonces ni ejecutivo, ni declarativo, pues en él hay un desplazamiento de la iniciativa del contradictorio con la finalidad de darle mayor celeridad al procedimiento (Colmenares, 2017).

En efecto, el diseño de los procesos ordinarios tradicionales como el verbal sumario comporta las siguientes etapas, a saber, primero se presenta la demanda o petición inicial, seguidamente, se escucha al deudor, luego se practican pruebas y finalmente el juez dicta la sentencia dando nacimiento a la deuda y con ella la posibilidad de ejecutarla por la vía del proceso ejecutivo. En el monitorio se invierte ese esquema procesal: el acreedor con el formato de demanda suministrado por el Estado, llega donde el juez y éste *sin* oír al demandado y sin prueba documental dicta un auto (requerimiento o aviso de pago) que lo compele a pagar, y en caso de no oposición, surge la obligación y la orden de pago que se cumplirá también a través de los causes del proceso ejecutivo (Corte Constitucional, Sala Plena, C-095, 2017).

La Corte Constitucional en la Sentencia C- 726 de 2014 hace una distinción entre los procesos de conocimiento, dentro del cual se encuentra el proceso verbal sumario, y los ejecutivos, y entre los dos tipos de procesos ejecutivos, a saber, los ejecutivos autónomos y los de cognición “con predominante función ejecutiva”, ubicando el proceso monitorio dentro de este último. Los procesos de conocimiento involucran una fase de cognición, dirigida a la declaración de certeza de un derecho incierto o controvertido, y una fase de ejecución, que surge cuando se ha logrado demostrar la existencia de la obligación (Corte Constitucional, Sala Plena, C-726, 2014). Por su parte, los procesos

ejecutivos se distinguen por la existencia del título que hace plena prueba de un derecho cierto y en el que, por tanto, solo existe la etapa de ejecución con la emisión de la orden de pago. Estos se dividen en dos modalidades: (i) los ejecutivos autónomos, que no poseen una etapa previa de conocimiento y además se sustentan en un título ejecutivo que permite la ejecución inmediata, dado que constituye plena prueba contra el deudor y (ii) los cognitivos, en los que predomina la función ejecutiva y cuyo propósito es eliminar la fase cognitiva o debate probatorio, facilitando así la creación rápida de un título ejecutivo. En este caso, se deja al demandado la oportunidad de provocar el juicio contradictorio.

Ahora, con respecto al trámite del interrogatorio de parte, como prueba extraprocésal, si bien a través de ambos se genera el título ejecutivo el procedimiento difiere así como sus efectos dependiendo de la aplicación de ciertas formalidades. En el interrogatorio de parte es necesario que el demandado reconozca de manera expresa o tácita el hecho que el demandante pretende probar, es decir, confiese la deuda a su favor. La confesión judicial es expresa cuando la parte requerida asiste a la citación para absolver el interrogatorio y reconoce la deuda a favor del acreedor, o tácita o ficta si, existiendo pliego escrito, de manera injustificada no comparece, siempre y cuando concurren los requerimientos procesales de la confesión. Por el contrario, en el proceso monitorio, después que el demandado es debidamente notificado, se constituye el título ejecutivo si guarda silencio, acepta la obligación o no se presenta al proceso.

Evidenciamos que las ventajas del proceso monitorio frente a otros tipos de procedimientos son:

- Es un proceso simplificado pues disminuye el uso de trámites e instancias de los procesos. Por ejemplo, la sola afirmación juramentada es suficiente para emitir una orden de pago, por lo que las deudas sin soporte documental pueden ser recuperables jurídicamente y, por otra parte, no caben recursos contra el requerimiento de pago y la sentencia de condena.
- Es un proceso asequible para pequeños comerciantes, que manejan cierta informalidad de sus transacciones comerciales y que por lo general no documentan sus obligaciones.

- La multa ante una pretensión u oposición infundada actúa como un mecanismo de control ante comportamientos oportunistas.
- Es un proceso dúctil debido a que depende de la conducta del deudor pues luego de ser notificado puede tramitarse por otros canales. El proceso monitorio no excluye la posibilidad de seguir otros procedimientos cuando pierde su finalidad. Es más, lo actuado dentro del proceso monitorio, por ejemplo la contestación de la demanda o la notificación, es válida como base de otros tipos de procedimientos jurídicos.
- Debido a que está basado en el principio de buena fe, a futuro, si su aplicación es exitosa, puede generar mayor confianza en la administración de justicia.
- Puede iniciarse sin la asistencia de un apoderado judicial.

Por otra parte, las principales desventajas del proceso monitorio en comparación con otro tipo de procesos son:

- Tiene un límite de cuantía y no cubre las obligaciones de menor o mayor cuantía, como si se observa en otros países como España donde esta figura ha tenido gran éxito (Cervera, 2015).
- Puede generar situaciones de temeridad o mala fe del demandante con fines diferentes al reclamo de un derecho crediticio.
- Las multas se constituyen en un factor desmotivante para el demandante reclamar el dinero.

El proceso monitorio a la luz de la práctica del Consultorio jurídico de Cecar

Con el propósito de caracterizar la implementación del proceso monitorio, llevamos a cabo una recopilación de conocimientos y experiencias sobre el tema a partir de la revisión de la norma y también los casos gestionados a través del Consultorio Jurídico de la Corporación universitaria del Caribe – Cecar.

En la práctica, el desarrollo de los procesos monitorios tiene dos aspectos centrales que los estudiantes y profesionales del derecho deberían considerar para que se lleven a buen término: (i) las etapas y canales a través de los cuales se desarrolla el proceso, incluyendo los requisitos de

procedencia y (ii) los principales problemas que se presentan a lo largo su implementación. A continuación, se explican cada uno de estos temas.

Etapas del proceso monitorio

La figura 1 ilustra las etapas a seguir en el desarrollo del proceso monitorio y a continuación se explican cada una de ellas. El primer paso consiste en el examen de los requisitos del proceso monitorio, que se establecen en los artículos 419, 420 y 421 del Código General del Proceso. Quien busque el pago de una obligación por las formalidades del proceso monitorio deberá cumplir con los siguientes requisitos de procedencia (Corte Constitucional, Sala Plena, C-726, 2014):

- Que la obligación sea dineraria, de tal forma que lo significativo es que lo pactado y efectivamente cobrado sea una suma líquida de dinero.
- Que la deuda sea exigible, es decir debe ser una obligación pura y simple, y no debe estar sujeta a plazo o condición o ya se encuentren vencidas.
- Que sea fruto de una relación contractual entre las partes en litigio, es decir, que haya por ejemplo un contrato de arrendamiento, un contrato de mutuo, compraventa de medicinas, etc. Aquí se descarta el uso del proceso monitorio para el reclamo de perjuicios de naturaleza extracontractual.
- Que sea determinable, lo cual implica certeza sobre el monto de la deuda que se pretende reclamar.
- Que sea de mínima cuantía, es decir, no debe exceder el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, alrededor de 31 millones de pesos de 2018, al presentar la demanda. Este presupuesto hace que estemos frente a un proceso de única instancia, y, por consiguiente, no se requiere de apoderado.

Una vez llevado a cabo el examen de requisitos, se presenta al ante el juez municipal el escrito de demanda. Para esto, es recomendable usar los formatos descargables que para tal efecto se publican en la página web del Consejo Superior de la Judicatura, los cuales, por medio del Acuerdo PSAA13-10076 de diciembre de 2013 del Consejo Superior de la Judicatura fueron adoptados para la presentación y contestación de demanda en procesos que sigan el trámite del verbal sumario y monitorio.

Este acto introductorio al proceso no requiere de presentación personal. Adicionalmente, la demanda debe contener lo siguiente:

- Designación del juez a quien se dirija. Por los factores de competencia territorial y ser de mínima cuantía, el juez que conoce de un proceso monitorio es el juez civil, juez promiscuo o el juez de pequeñas causas del domicilio del deudor o del lugar de cumplimiento de las obligaciones.

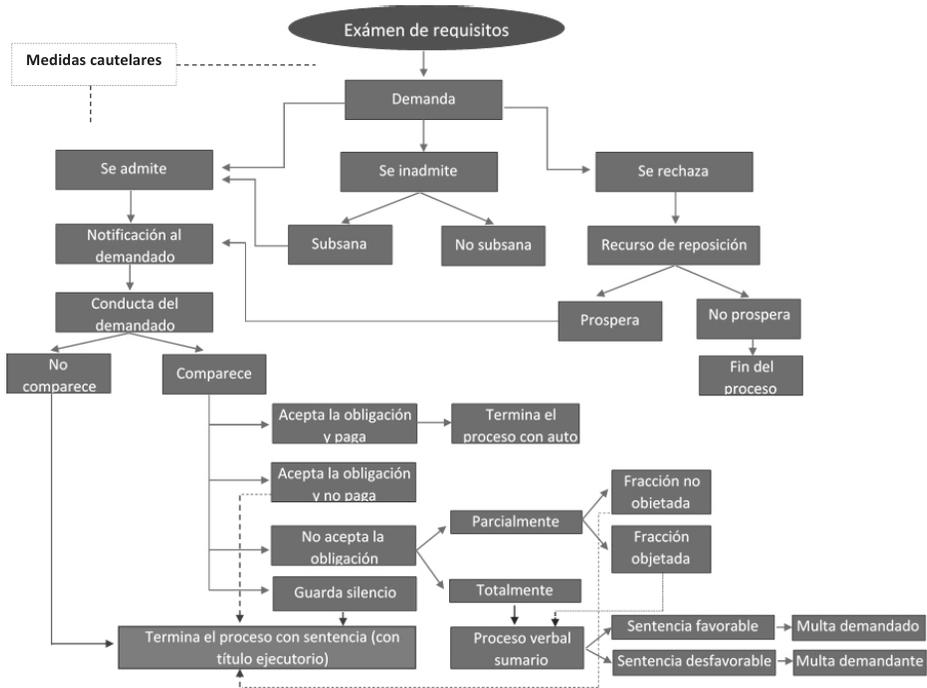


Imagen tomada de: Acuerdo PSAA13-10076 de diciembre de 2013 del Consejo Superior de la Judicatura

- Nombre, identificación y domicilio del demandante y demandado y, en caso pertinente los de sus representantes y apoderados. No se exige la intervención del apoderado judicial, es facultativo de las partes.
- Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Es decir, establecer el valor exacto de la deuda que se pretende reclamar, incluidos los intereses generados.
- Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones debidamente determinados, clasificados y numerados, con la

información sobre el origen contractual de la deuda, su monto exacto y los intereses.

- La manifestación clara y precisa que el pago de la suma adeudada no depende de una contraprestación a cargo del acreedor. Esto significa que no puede estar sometida a plazos ni a condición.
- Anexar los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder. Si no los tiene, deberá señalarse el lugar donde estén o manifestar bajo la gravedad del juramento, prestado con la presentación de la demanda, que no existen sustento documental.
- Declarar el lugar y las direcciones físicas y electrónica donde el demandado recibirá las notificaciones.
- Los anexos pertinentes, por ejemplo, si se actúa a través de abogado se adjuntara el poder; si el demandante es una persona jurídica deberá aportar el certificado de existencia y representación legal – siempre y cuando no estén publicados en la página web de la entidad que se encarga de ese certificado - y en los casos de incapaces, herederos, conyugues, compañero permanente, curador de bienes, albacea o administrador de comunidad se debe demostrar la prueba de la calidad en que obra.

Para asegurar el pago de la obligación, dictada la sentencia a favor del acreedor, a nivel de la etapa de solicitud de demanda y antes de su admisión, caben las medidas cautelares propias del proceso declarativo: (i) inscripción de la demanda sobre los bienes sujetos a registros que sean de propiedad del demandado, y (ii) cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho, prevenir daños y asegurar la efectividad de la pretensión. (Artículo 590, literal c) del C.G.P)

Una vez presentada la demanda, el juez verifica que se reúnan los requisitos de procedencia y los formales de la demanda monitoria. Si no se admite la demanda, se da traslado al término de cinco días al demandante para que subsane la demanda. En el caso de que rechace la demanda, el demandante tiene la opción de interponer un recurso de reposición para que se modifique esta decisión. En caso de que el juez decida admitir la demanda, proferirá el respectivo requerimiento de pago, que exige ser notificado personalmente al deudor y no es

susceptible de recurso. No obstante, también se le podrá informar al demandado mediante la notificación por aviso o conducta concluyente.

Aunado a lo anterior, en el requerimiento de pago se ordenará conminar al demandado para que en un plazo de 10 días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación personal, pague o conteste de la demanda; advirtiéndosele, además, que, si no paga o no justifica su renuencia, se emitirá sentencia de condena en su contra. Seguidamente, es necesario verificar la posición de demandado frente al auto de requerimiento de pago. En caso de que no comparezca, es decir no acuda al llamado del juez, se dictará sentencia ordenando el pago de la obligación y sus componentes. Si el demandado comparece, dentro del término establecido, pueden ocurrir cuatro situaciones, que tienen diversas consecuencias jurídicas. La primera, es el que el demandado acepta la obligación y procede a su pago y el juez emite un auto que da por terminado el proceso dado el cumplimiento de la obligación.

En el segundo escenario, el demandado acepta la obligación en la contestación de la demanda, pero no paga la acreencia en los términos establecido por ley (10 días). En ese caso, finaliza el proceso monitorio con sentencia, creándose de esa manera del título ejecutorio y que derivará a su vez en un proceso ejecutivo.

La tercera situación, es que el deudor no acepte la obligación dando razones por escrito de no pagar. Esto puede derivar a su vez en dos eventos:

- Que el deudor se oponga totalmente, en este supuesto el demandado deberá expresar los motivos para negar la deuda y aportará las pruebas que sustenten su manifestación. De darse esta actuación, el trámite muta a un proceso verbal sumario y seguidamente el juez corre traslado por cinco (5) días al demandante para solicitar pruebas adicionales y convoca a la audiencia del artículo 392 del Código General del Proceso.
- Que el deudor se oponga parcialmente, con lo cual se procede como si la oposición fuere total, pero para la parte o fracción no objetada de la deuda podrá el demandante solicitar se emita sentencia condenatoria a su favor. Mientras que la objetada se seguirán los formalismos del proceso verbal.

La cuarta posibilidad de comparecencia es que el demandado no conteste la demanda o guardé silencio, en cuyo caso, al igual que la

situación número dos, se termina el proceso con sentencia favorable la que servirá como base para iniciar un proceso ejecutivo.

Cuando en cualquiera de las situaciones antes mencionada se da paso al proceso verbal sumario y se comprueba que la oposición del demandado es infundada, el juez impondrá una multa en un monto del 10% del valor de la deuda a favor del acreedor. Por el contrario, la multa la debe asumir el demandante si se demuestra que la obligación no existía. Esta providencia se ejecutará también por la vía del proceso ejecutivo.

Otro elemento a considerar es que dentro de las características del proceso monitorio regulado en Colombia se prohíbe figuras procesales como la participación de terceros, la posibilidad de excepciones previas, la demanda de reconvencción y el emplazamiento del demandado y su notificación por medio del curador ad litem. La utilidad del proceso monitorio se asegura gracias a esta disposición (parágrafo del artículo 421 del CGP) que incorpora los instrumentos para afianzar la eficacia de las actuaciones realizadas en él (Rojas, 2017, p.690). La razón principal por la cual no es procedente el emplazamiento y el curador ad litem es que se desvanece la posibilidad de promover el proceso monitorio cuyo fin es lograr que el deudor reconozca la existencia de la obligación.

En general el proceso monitorio puede terminar con un auto, una sentencia o un proceso verbal sumario. Por auto, cuando el proceso termina por el pago de lo obligación reclamada; sentencia, en los eventos en que el deudor se allana a la demanda, guarda silencio o se opone parcialmente; y, habrá lugar al proceso verbal sumario cuando el demandado se oponga parcial o totalmente a la reclamación del demandante.

Lecciones aprendidas

Varias son las acciones que desde el Consultorio Jurídico de Cekar buscan que los casos recepcionados generen situaciones favorables para sus usuarios y al mismo tiempo la práctica genere procesos de aprendizaje y mejora de las competencias de los estudiantes de derecho.

A nivel académico y formativo, el Consultorio realiza capacitaciones y talleres permanentes a los estudiantes en los diferentes temas de competencia de la unidad y se promueven espacios de discusión con los docentes que asesoran y acompañan a los estudiantes. Así mismo, se desarrollan brigadas jurídicas en los municipios cercanos al casco urbano de Sincelejo donde se escuchan los problemas jurídicos de la comunidad y se apoya al usuario en la instrucción de las acciones a

seguir, la autoridad que debe resolver los casos e incluso se les ayuda en la elaboración de documentos legales.

Con respecto a los procesos monitorios en sí, se llevan a cabo algunas acciones particulares. En un primer momento, los casos recepcionados en el Consultorio jurídico son clasificados por los monitores de acuerdo con grandes materias del derecho (civil público, civil, familia, laboral y penal) y posteriormente se asignan los casos a los estudiantes de último semestre que están en turno. Esto quiere decir que el estudiante no elige el tipo de proceso que va a llevar, sino que se lo asigna la universidad.

Seguidamente, para los procesos de derecho privado, como es el monitorio, se le asigna al estudiante un tutor experto en estos temas. En el marco de esta asesoría, se realiza un examen de requisitos para el proceso monitorio conjuntamente entre el estudiante y el asesor, verificando que el caso cumpla los requisitos de procedencia. Presentada la demanda y en la marcha del proceso el estudiante debe presentar regularmente informes de avance del trámite a través de un formato que le provee el Consultorio jurídico.

Entre principales dificultades encontradas en la aplicación de los procedimientos establecido en el proceso monitorio, a la luz de la experiencia del Consultorio Jurídico, se puede mencionar las siguientes:

- Una baja incidencia de este tipo de casos en el Consultorio debido a su novedad y a que algunos de los procedimientos de entrada y de asignación de los casos, posiblemente merman la posibilidad de seguir el curso de un proceso monitorio.
- Bajo conocimiento de la comunidad en general sobre las ventajas y bondades de los procesos monitorios frente a otras alternativas, tales como su celeridad, ductilidad y la tutela efectiva del derecho al crédito.
- Debido a la novedad de este tipo de procedimiento, a los estudiantes se les dificulta la comprensión del tema y les cuesta aceptar que se pueda reclamar una acreencia de mínima cuantía sin título ejecutivo, debido a que tradicionalmente la protección del crédito ha tenido como base un documento que presta mérito ejecutivo y la enseñanza ha ido en esa misma línea.
- Dificultades en la etapa de notificación al demandado, entre otras la baja capacidad del sistema judicial para practicar la notificación de acuerdo con la exigencia de la norma. Por

ejemplo, cuando la notificación se surte por aviso y la empresa de correos no deja constancia que se entregó copia de la demanda.

Conclusiones

Históricamente en Colombia las instituciones jurídicas y en particular los procesos civiles se han caracterizado por un excesivo formalismo que ha conllevado a problemas de congestión y deficiencia de la administración de justicia. Una de las manifestaciones de este problema es la dificultad de reclamar obligaciones dinerarias que no están respaldados por un título o documento que preste mérito ejecutivo.

Este tipo de procesos quedaban por fuera del sistema dando lugar a que el acreedor declinara de la reclamación de sus derechos crédito ante el excesivo formalismo y la percepción de un alto desgaste económico y moral implicado. Atendiendo a esta problemática el legislador colombiano, inspirándose en la experiencia internacional, incorpora dentro del ordenamiento jurídico el proceso monitorio o de intimación, que entró en vigor en el 2016.

En este marco, el presente trabajo buscado aportar elementos de análisis que amplíen la comprensión y ayuden a la implementación de este tipo de procesos, a la luz de la experiencia de su enseñanza y aplicación en el Consultorio Jurídico de la Corporación universitaria del Caribe – Cekar.

De la discusión teórica que se presentó en el primer capítulo se puede concluir que la principal ventaja del proceso monitorio, con respecto a otros procesos más tradicionales con el mismo fin, es su simplicidad y ductilidad, lo que en últimas permite un mayor ahorro de tiempo y recursos en los procesos. Esto debido a se sustraen los formalismos procedimentales que comúnmente extienden de manera innecesaria la duración de un proceso judicial.

Algunas de las recomendaciones que surgen la identificación de lecciones aprendidas y de las dificultades que en la práctica se encontraron en la aplicación del proceso monitorio son:

- Profundizar y ampliar la enseñanza de este tipo de procedimientos a los estudiantes, monitores y cuerpo docente, a través de seminarios con conferencistas nacionales e internacionales expertos en los temas, con el fin de mejorar las

competencias no sólo teóricas sino aprender de las experiencias en otros contextos.

- Necesidad de mejorar los procedimientos de entrada y asignación de los casos en el Consultorio jurídico, no solo con la capacitación antes mencionada, sino generando herramientas de decisión y clasificación de los casos, por ejemplo, una lista de chequeo para identificar cuando es más factible seguir un proceso monitorio.
- Mayor publicidad de este tipo de procesos en la comunidad. Esto puede lograrse a través de brigadas donde a los posibles usuarios con dificultades de este tipo, por ejemplo, pequeños comerciantes, se les enseñen las bondades de este procedimiento ante situaciones de negocio con un alto grado de informalidad. Uno de los aliados estratégicos en esta actividad formativa puede ser la Cámara de Comercio.
- Es necesario que haya un ajuste en los procedimientos de notificación, concretamente en aquellas personas que realizan esa labor, dado lo sensible que es este tema para el proceso monitorio, pues si no se notifica no se puede continuar por los ritos de este proceso.

Como futuras líneas de trabajo que se derivan de este documento se pueden mencionar las siguientes: (i) hacer una investigación que incluya un trabajo de campo en el que se revise un mayor número de casos representativo y se hagan entrevistas a los diversos actores involucrados en los procesos monitorios; (ii) identificar el impacto de la aplicación del proceso monitorio en la descongestión de la justicia y en la efectividad del recaudo del crédito frente a otros procesos y (iii) estudiar la relación que existe entre el proceso ejecutivo y su posible transformación a un proceso monitorio y sus consecuencias.

Referencias

- Botero Marino, C. (Mayo De 2006). La Accion De Tutela En El Ordenamiento Constitucional Colombiano. *La Accion De Tutela En El Ordenamiento Constitucional Colombiano*, 18. Bogota D.C., Bogota D.C., Colombia: Ediprime Ltda.
- Cercera A. (2015). El Proceso Monitorio Perspectiva Comparada. Bogotá: Leyer.
- Colmenares C. (2017). El Proceso Monitorio en el Código General del Proceso. Bogotá: Temis.

- Corte Constitucional de Colombia (24 de septiembre de 2014). Sentencia C-726 de 2014, [M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez].
- Corte Constitucional de Colombia (15 de febrero de 2017). Sentencia C-095 de 2017, [M.P. Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional de Colombia (6 de abril de 2016). Sentencia C-159 de 2016, [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].
- Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Exposición de motivos del Código General del Proceso. Recuperado de: <http://www.icdp.org.co/esp/descargas/cgp/ExposicionMotivos.pdf>
- Gómez J. (2014). Introducción al proceso monitorio colombiano: constitucionalización y oralidad del derecho civil. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez.
- Ley 1564/2002, de 12 de julio de 2002, Código General del Proceso. Congreso de la República. Diario Oficial. Bogotá, 12 de julio de 2002, núm. 48489.
- Real Academia Española (2014). Diccionario de la lengua española (23.a ed.). Madrid: Espasa.
- Rojas M. (2017). Código General del Proceso Comentado, 3ª. Ed. Bogotá: Escuela de Actualización Jurídica (Esaju).
- Sánchez P. (2015). Hacia un proceso monitorio en Colombia. *Justicia*, (28), 140-151.

Anexo 1

FORMATO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA – PROCESO MONITORIO

SEÑOR
JUEZ CIVIL MUNICIPAL DE _____ (ciudad)
Ciudad

1. DEMANDANTE:

Nombre: _____
Ciudad de domicilio del demandante: _____
Documento de identificación: C.C. NIT TI CE PASAPORTE

Número: _____
Nombre del representante legal⁷: _____

Documento de identificación: C.C. NIT TI CE PASAPORTE

Número: _____
Nombre del apoderado⁸: _____
Documento de identificación: C.C. NIT TI CE PASAPORTE

Número: _____
Tarjeta profesional No. _____
Dirección donde recibe notificaciones: _____

Dirección de correo electrónico _____

2. DEMANDADO:

Nombre: _____
Ciudad de domicilio del demandado: _____
Nombre del representante legal⁹: _____

Nombre del apoderado:¹⁰ _____
Dirección donde recibe notificaciones: _____

Dirección de correo electrónico _____

3. PRETENSIONES

INDIQUE LAS SUMAS DE DINERO CUYO PAGO SOLICITA (si usted pide intereses, debe precisar el porcentaje reclamado y la fecha desde la cual pide el pago.)
(Recuerde que si el demandado se opone y es absuelto, a usted se le impondrá una multa equivalente al 10% del valor de la deuda a favor de su demandado y, además, pagará las costas del proceso).

⁷ Si se trata de persona jurídica, de menor de edad o de un interdicto declarado judicialmente.

⁸ Si demanda con apoderado judicial.

⁹ Si se trata de persona jurídica, de menor de edad o de un interdicto declarado judicialmente.

¹⁰ Si demanda con apoderado judicial.

Anexo 2

- 3.1. _____

3.2. _____

3.3. _____

4. HECHOS

(Refiera en forma concreta los hechos que fundamentan su solicitud, dentro de los cuales debe precisar cuál fue el contrato que originó la deuda, su monto exacto y sus componentes)

- 4.1. _____

4.2. _____

4.3. _____

4.4. _____

4.5. _____

5.- Manifiesto que el pago de la suma adeudada **SI** () **NO** () depende del cumplimiento de una obligación a mi cargo.

6. Manifiesto bajo juramento que **SI** () **NO** () tengo en mi poder pruebas documentales sobre la existencia de la obligación cuyo pago pretendo.

7 PRUEBAS

Refiera las pruebas que usted aporta (documentos), las que pida que se practiquen (testimonios, interrogatorios, exhibiciones) y las que solicita que su demandado allegue.

Recuerde que usted está obligado a aportar los documentos relativos a la obligación que se encuentren en su poder.

- 7.1. _____

7.2. _____

7.3. _____

7.4. _____
_____ 7.5. _____

(En el caso de los testigos señale el nombre, lugar de ubicación del testigo y hecho que quiere probar).

Cuando no tenga los documentos de la obligación contractual adeudada, deberá señalar en dónde están o manifestar bajo juramento que se entiende prestado con la presentación de la demanda, que no existen soportes documentales.

8. Manifiesto que **SI** () **NO** () estaba obligado legalmente a declarar renta en el año gravable inmediatamente anterior.

9. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículos 419 y ss del Código General del Proceso.
Artículos 82 y 84 del Código General del Proceso.

Otras normas aplicables: (si usted considera que otras son leyes son aplicables, indíquelas)

10. ANEXOS

- 10.1. Si cualquiera de las partes es persona jurídica, adjunte el certificado de existencia y representación legal.
- 10.2. Si actúa a través de apoderado anexe el poder
- 10.3. Si cualquiera de las partes es incapaz, allegue el registro civil de nacimiento de éste.
- 10.4. Si usted está obligado a pagar arancel judicial, acompañe el comprobante bancario respectivo.

11.- SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES:

Solicito SI () o NO (), la práctica de medidas cautelares.

Si marcó sí, precise a continuación las que solicita.

Respetuosamente,

Firma
Cédula

FORMATO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – PROCESO MONITORIO

SEÑOR

JUEZ _____ CIVIL MUNICIPAL DE _____ (ciudad)

Ciudad

Ref: Proceso monitorio de _____
contra _____

1. DEMANDADO:

Nombre: _____

Documento de identificación: _____

Ciudad de domicilio del demandado: _____

Documento de identificación: C.C. NIT TI CE PASAPORTE

Número: _____

Nombre del representante legal¹¹: _____

Domicilio del representante legal: _____

Documento de identificación: C.C. NIT TI CE PASAPORTE

Número: _____

Nombre del apoderado: ¹² _____

Domicilio del apoderado: _____

Documento de identificación: C.C. NIT TI CE PASAPORTE

Número: _____

Tarjeta profesional No. _____

Dirección donde recibe notificaciones: _____

Dirección de correo electrónico _____

2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES

(Recuerde que al usted se opone sin fundamento y se condenado, se le impondrá una multa equivalente al 10% del valor de la deuda a favor de su acreedor y, además, pagará los costos del proceso).

SI (...) NO (...) me opongo a las pretensiones

3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

ADMITO los siguientes hechos

3.1. _____

3.2. _____

3.3. _____

NIEGO los siguientes hechos, y en general niego total () o parcialmente () la deuda reclamada

3.1. _____

3.2. _____

3.3. _____

Explique por qué niega estos hechos, o niega total o parcialmente la deuda reclamada en la demanda:

¹¹ Si se trata de persona jurídica, de menor de edad o de un interdicto declarado judicialmente.

¹² Si demanda con apoderado judicial.

NO ME CONSTAN LOS SIGUIENTES HECHOS

- 3.1. _____
3.2. _____
3.3. _____

Explique por qué no le constan estos hechos:

4. EXCEPCIONES

(Si quiere plantear excepciones, indíquelas a continuación y precise en forma concreta los hechos que las fundamentan)

4.1. Nombre de la excepción: _____
Fundamentos: _____

4.2. Nombre de la excepción: _____
Fundamentos: _____

5.- Si Usted pide el reconocimiento de alguna suma de dinero vinculada a la reclamación de su demandante (por ejemplo mejoras), debe estimarla bajo juramento y justificar cada uno de los conceptos.

(Recuerde que si usted se excede en el 50 % de la cantidad probada, se le condenará a pagarle a su contraparte, una suma equivalente al 10% de la diferencia.)

6.- En los casos en que procede, invoca usted el derecho de retención:
SI () NO ()

7 PRUEBAS

Refiera las pruebas que usted aporta (documentos), las que pida que se practiquen (testimonios, interrogatorios, exhibiciones) y las que solicita que su demandante alegue.

- 7.1. _____
7.2. _____
7.3. _____
7.4. _____
7.5. _____

Respecto de los documentos que el demandante manifestó que tengo en mi poder, señalo que SI () o NO () los tengo, o solo tengo los siguientes:

(En el caso de los testigos señale el nombre, lugar de ubicación del testigo y hecho que quiere probar).

8. ANEXOS

8.1. Si cualquiera de las partes es persona jurídica, adjunte el certificado de existencia y representación legal.

8.2. Si actúa a través de apoderado anexe el poder

8.3. Si cualquiera de las partes es incapaz, allegue el registro civil de nacimiento de éste.

8.4. Si usted está obligado a pagar arancel judicial, acompañe el comprobante bancario respectivo.

8.5. Documentos en mi poder: (Allegar los documentos que usted tiene en su poder.)

Respetuosamente,

Firma

Cédula

EFECTOS DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN DERECHO EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE BIEN INMUEBLE ARRENDADO ORIGINADOS EN CONTRATOS CELEBRADOS DE FORMA VERBAL, AÑO 2017

Nubia Elena Valdelamar Támara¹
Elida Rosa Parra Castro²
José Pablo Arrieta Oviedo³

Resumen

A partir de la celebración de contratos de arrendamiento, surge el proceso de restitución de bien inmueble arrendado como acción que tiene el arrendador para recuperar la tenencia del bien. Paralelamente a la existencia del proceso en mención, existe la posibilidad de celebrar audiencias de conciliación para hacer cumplir obligaciones establecidas en la celebración del contrato pero que en el desarrollo del mismo son incumplidas por alguna de las partes. En el presente capítulo encontramos un rastreo normativo acerca de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad en los procesos de naturaleza civil, el contrato de arrendamiento y los procesos de restitución de inmueble arrendado enfatizando en los

1 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”. Abogada y Conciliadora en Derecho, Email: nubia.valdelamart@cecar.edu.co

2 Abogada. Diplomado en Conciliación y Solución de Conflictos (En curso). Auxiliar Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe “CECAR”. Email: elida.parra@cecar.edu.co

3 Egresado del programa de Derecho. Diplomado en Conciliación y Solución de Conflictos (En curso). 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”. Email: jose.arrietao@cecar.edu.co

casos en que se ha celebrado mediante contrato verbal, un cuadro normativo sobre la conciliación en materia civil, un flujograma sobre el contrato de arrendamiento y el proceso de Restitución de inmueble arrendado, incluyendo el trámite conciliatorio y un análisis de las estadísticas del Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, durante el año 2017 en relación a las solicitudes y resultados obtenidos en los procesos de restitución de bien inmueble arrendado haciendo mayor énfasis en aquellos que se celebraron de forma verbal y se ha logrado establecer que la efectividad de la aplicación de la conciliación a este tipo de procesos es notoria desde la citación a la audiencia de conciliación a la parte citada, ya que, en algunas situaciones, como se pudo corroborar a través del seguimiento, el arrendatario obtiene la restitución del bien inmueble simplemente con la presentación de la citación, llegando a un consenso extrajudicial sin necesidad de celebrar audiencia de conciliación.

Palabras clave: Conciliación, Contrato de arrendamiento, Restitución inmueble arrendado

Abstract

From the conclusion of lease contracts, the process of restitution of leased property arises as an action that the lessor has to recover the tenure of the property. Parallel to the existence of the process in question, there is the possibility of holding conciliation hearings to enforce obligations established in the conclusion of the contract but that in the development of the same are breached by one of the parties. In this chapter we find a normative trace on the extrajudicial conciliation in law as a procedural requirement in civil proceedings, the lease contract and the processes of restitution of leased property emphasizing in cases where it has been entered into by verbal contract, a normative framework on conciliation in civil matters, a flowchart on the lease contract and the process of restitution of leased property, including the conciliation process and an analysis of the statistics of the Conciliation Center of the Corporación Universitaria del Caribe CECAR, The effectiveness of the application of conciliation to this type of proceedings is evident from the summons to the conciliation hearing to the cited party, since in some situations, as could be corroborated through follow-up, the tenant obtains restitution of the

real estate simply by filing the summons, reaching an extrajudicial consensus without the need to hold a conciliation hearing

Keywords: Conciliation, Lease agreement, Restitution of leased property.

Introducción

El presente trabajo de investigación se desarrolla a partir de la figura jurídica denominada proceso de restitución de bien inmueble arrendado, la cual se encuentra consagrada en el Código General del Proceso y que tiene sus inicios en el acuerdo de voluntades de las personas que suscriben contratos de arrendamiento de vivienda urbana, los cuales, como lo estipula la ley, pueden celebrarse de forma verbal o escrita. A partir de esta figura, existe la posibilidad de celebrar audiencias de conciliación cuando el contrato es celebrado de forma verbal para hacer cumplir obligaciones que se pactaron al inicio del mismo pero que en el desarrollo del acuerdo son incumplidas por alguna de las partes.

Desde el Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR se ha podido evidenciar que uno de los asuntos más comunes tratados en materia civil es la restitución de bien inmueble arrendado. Igualmente, se ha notado que de los usuarios que solicitan audiencias de conciliación para este asunto, existe un porcentaje que no celebró el contrato de arrendamiento por escrito sino de manera verbal, razón por la que acuden al centro de conciliación para lograr la restitución del bien sin necesidad de llegar a una instancia judicial, previendo los inconvenientes que puede implicar el no tener un contrato por escrito que demuestre la existencia del negocio jurídico, presentándose casos en que sin ser necesaria la conciliación como requisito de procedibilidad es utilizada, como por ejemplo cuando la causal es mora en el pago de los cánones.

Por otra parte, se ha podido identificar que en la mayoría de las solicitudes de audiencia de conciliación que tiene por objeto la restitución de bien inmueble arrendado, tanto cuando se tiene un contrato escrito como uno verbal, existen pretensiones adicionales tales como el pago de cánones atrasados, el pago de servicios públicos domiciliarios adeudados, entre otras; es decir, que los usuarios no solo están utilizando los servicios del centro para obtener una pronta restitución del bien, sino también para satisfacer otras pretensiones de carácter económico que en la administración de justicia demandarían un tiempo más extenso y un desgaste del aparato jurisdiccional.

Conforme a todo lo anteriormente planteado, se hace necesario determinar ¿Cuáles son los efectos de la conciliación extrajudicial en derecho en los procesos de restitución de bien inmueble arrendado originados en contratos celebrados de forma verbal a partir del análisis del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR durante el año 2017? Para dar respuesta al interrogante anteriormente planteado, el objetivo general de la investigación es determinar cuáles son los efectos de la conciliación extrajudicial en derecho en los procesos de restitución de bien inmueble arrendado originados en contratos celebrados de forma verbal a partir del análisis del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR durante el año 2017. El cual será desarrollado a través del cumplimiento de los siguientes objetivos específicos:

- Conceptualizar la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad en los procesos de naturaleza civil conforme a la legislación colombiana.
- Describir el proceso de restitución de bien inmueble arrendado desde un estudio normativo enfatizando en los casos en los cuales encuentra su origen en un contrato verbal y los efectos de la conciliación extrajudicial en derecho en este tipo de procesos.
- Analizar las estadísticas del Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR en relación a los procesos de restitución de inmueble arrendado celebrados bajo la modalidad de contrato verbal.

Esta investigación es de gran relevancia, pertinencia e impacto puesto que sus resultados nos permitirán tener claridad frente a la efectividad del servicio que se presta a diario en el Centro de Conciliación de CECAR en el área civil, específicamente en los procesos de restitución de bien inmueble arrendado, que de ahora en adelante se denominarán RBIA, originados a partir de la celebración de un contrato verbal. Así mismo, a través del cumplimiento de los objetivos específicos de la presente investigación se podrá establecer la efectividad de los seguimientos que se realizan con posterioridad a la celebración de la audiencia.

Del mismo modo, la presente investigación será de gran utilidad y desarrollo para, la sociedad, el Centro de Conciliación y para los presentes

investigadores. Será de utilidad para la sociedad porque en la medida en que se socialicen los resultados de la investigación se dará a conocer la importancia de suscribir contratos por escrito al momento de celebrar negocios de arrendamiento de bienes inmuebles, a su vez, será útil en la medida en que nos permitirá dar a conocer la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos del cual disponen las personas para zanjar sus diferencias y al que pueden acceder de manera gratuita si se utilizan los servicios del Centro de Conciliación de CECAR.

En cuanto a la utilidad que representará la investigación para el Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, se puede decir que se logrará determinar el aporte del centro a la descongestión de los despachos judiciales del distrito judicial en el que tiene incidencia el consultorio jurídico. Igualmente, el desarrollo de la investigación permitirá evaluar el desempeño del Centro de Conciliación en cuanto al cumplimiento de las actas de conciliación expedidas en la materia objeto de estudio. También, será útil puesto que dentro de sus resultados se dejará un instrumento consistente en un flujograma que permitirá analizar más fácilmente la efectividad del centro en los procesos de RBIA y que podrá ser utilizada para el análisis de investigaciones de los años posteriores.

Por otra parte, en lo atinente a la utilidad para los investigadores, el desarrollo de la presente investigación implicará un crecimiento en el ámbito profesional y académico, puesto que nos permitirá adquirir nuevas competencias en materia de investigación, la cual en el área jurídica cada día se está convirtiendo en un factor importante para el ejercicio de la profesión y para continuar la formación posgradual, además porque permitirá afianzar los conocimientos adquiridos con respecto a la conciliación extrajudicial en derecho como mecanismo alternativo de solución de conflictos, el contrato de arrendamiento de vivienda urbana y el proceso de restitución de bien inmueble arrendado.

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 cuales son los efectos de la conciliación extrajudicial en derecho en los procesos RBIA originados en

un contrato verbal, asimismo, para darle cumplimiento al objetivo general, se realizará un análisis estadístico a través del cual determinaremos cuantas audiencias de conciliación referentes a la materia objeto de investigación fueron celebradas en el Centro de Conciliación del consultorio jurídico de CECAR en el año 2017. La investigación tiene un nivel hermenéutico que se justifica en el análisis normativo y estadístico de los casos de RBIA 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 (Ley 640 de 2001 y demás normatividad relacionada), el contrato de arrendamiento de vivienda urbana (Ley 820 de 2003) y el proceso de restitución de bien inmueble arrendado (Código General del Proceso), así mismo, tiene un enfoque epistemológico porque se realizará un análisis estadístico a partir de datos existentes en el archivo del Centro de Conciliación de CECAR.

Para 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 llevará a cabo un rastreo normativo y bibliográfico acerca de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad para los procesos de naturaleza civil. Igualmente, se elaborará un marco normativo sobre la materia.

FASE 2: Para alcanzar el segundo objetivo propuesto se hará un rastreo normativo y bibliográfico respecto al proceso de restitución de bien inmueble arrendado. Del mismo modo, se elaborará un marco normativo y doctrinal acerca de este tema, haciendo énfasis en los casos en que el contrato de arrendamiento se celebra de forma verbal.

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 2017 en cuanto a las audiencias programadas referentes a la materia estudiada y la revisión de los seguimientos preexistentes con relación a dichas audiencias. Lo anterior se documentará teniendo en cuenta varios aspectos como el número de audiencias programadas sobre RBIA con contrato escrito y con contrato verbal, número de audiencias en las cuales además se solicitó pago de cánones, pago de servicios públicos domiciliarios y otras pretensiones adicionales, resultados de las audiencias programadas (acuerdo total,

acuerdo parcial, no acuerdo, inasistencia de una parte, inasistencia de ambas partes, fijación de nueva fecha y retiro de la solicitud) y cumplimientos o incumplimientos de los acuerdos logrados.

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 y los seguimientos existentes 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 referencial

Marco histórico

El conflicto es una condición inherente al hombre que ha estado presente desde el origen de la humanidad, en ese sentido, sería desacertado plantear que las formas de resolver conflictos tienen un origen definido e intentar encontrar dicho origen en un punto específico de la historia. Desde una perspectiva histórica, sería difícil determinar si apareció primero la autocomposición o la heterocomposición como manera de resolver conflictos (Díaz & Contreras, 2010). Sin embargo, se puede decir tal como lo manifiesta Varón (2002), que la intervención no decisoria de terceros en la resolución de conflictos (autocomposición) es una práctica tan antigua como la humanidad, esta ha evolucionado hasta llegar a lo que hoy son los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC).

En Colombia, gracias a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1948), contamos con una ilustración de la evolución histórica que ha tenido la conciliación hasta llegar a como se encuentra regulada hoy en día. En ese sentido, se puede evidenciar que la conciliación tiene antecedentes verificables que van desde Roma, Grecia, China, Japón y África.

En Roma, por ejemplo, la Ley de las XII es un antecedente de la conciliación en tanto que en una parte establece que lo que convinieran las partes al ir al juicio tenía fuerza vinculante, igualmente, el contrato de transacción que gozaba de bastante aplicación en Roma es un antecedente de la conciliación porque, tal como lo mencionaba Cicerón,

al sacrificar algo del propio derecho de los litigantes, esta podía ser más ventajosa que un pleito, ya que había que alejarse de estos (Instituto SER, 1996).

En Grecia, en el periodo clásico (499 a.C. – 323 a.C.) existían personas con competencia atribuida para examinar las causas determinantes de un litigio y procurar el acercamiento entre las partes para lograr una transacción entre estas que pusiera fin al conflicto, a esto se le llamo *tesmotetes*. Por su parte en China, tal como menciona Confucio, los conflictos se resolvían a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción, por lo cual la mediación era el principal mecanismo para dirimir las diferencias, rechazando los recursos adversariales que afectarían las relaciones armoniosas (Folberg & Taylor, 1997).

En Japón, existían la conciliación y la mediación en cabeza de un líder que tenía el deber de brindar ayuda a las personas de la población para solucionar sus discrepancias. Asimismo, en África, estas eran solucionadas informalmente con una junta de vecinos, gracias a la que una persona respetada buscaba acercar a las personas en disputa para que logaran solucionar su problemática.

En la religión, siempre se han interpretado los pleitos como el resultado de las pasiones humanas, y en ese sentido, siempre se ha incentivado la resolución pacífica de los conflictos. En esa medida, en los siglos VII a XII, los procesos eclesiásticos decretaban intentar la reconciliación entre las personas previo a una decisión judicial, siendo, sin embargo, una figura facultativa y no un presupuesto obligatorio.

De acuerdo a lo anterior, conociendo que la conciliación y, en general, los mecanismos auto compositivos de resolución de conflictos, tienen antecedentes remotos en todas las civilizaciones, es preciso decir que, pese a que esta existía y era reconocida, no en todos los países era entendida de la misma manera, por lo cual se evidencia, por ejemplo, que en países como Francia, España, Italia y Alemania, se instituyera la conciliación como obligatoria antes de acudir a un proceso judicial; mientras que en otros países no lo fue, debido a que consideraban que el hecho de que la conciliación fuera impuesta como un requisito previo, la convertía en un mero trámite, un pasaporte para acceder a la justicia al que las partes acudían sin ningún ánimo conciliatorio.

En Colombia, la Conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos puede decirse que surge en el año 1825, desde la expedición de la Ley 13 en la que se estableció la obligatoriedad

de intentar la Conciliación antes de darle trámite a cualquier proceso contencioso civil. Desde dicha ley hasta la actualidad se ha dado una evolución normativa la cual se abordará en el marco normativo de la presente investigación. Por otra parte, teniendo en cuenta el otro eje del presente capítulo, es preciso hacer mención a la evolución histórica del contrato de arrendamiento y del proceso en mención. Conforme a lo anterior, se tiene que el contrato de arredamiento, al igual que muchas de las demás instituciones jurídicas del Derecho privado, tiene su origen en el Derecho romano. El contrato de arrendamiento no aparece como un contrato independiente y autónomo sino como una derivación del contrato de compraventa. En ese sentido, se conoció el contrato de arrendamiento con el nombre de *locatio*, lo cual significaba locación, alquiler, arriendo.

La *locatio* se acompañaba de otra palabra dependiendo de a qué hacía referencia dicho alquiler, así pues, estaba el *locatio conductio operarum* referente al arrendamiento de servicios; el *locatio operis*, referente al arrendamiento de obra; el *locatio conductio piscatus*, es decir, arrendamiento de pesca en una zona determinada; el *locatio conductio agri vectigalis*, que se entendió como el arrendamiento de bienes de corporaciones públicas o tierras del Estado; y finalmente, el *locatio conductio rei*, referente al arrendamiento de cosas, el cual consistía en la entrega de un determinado bien para el uso y goce al arrendatario y en virtud a dicha entrega, este se obligaba a cancelar una prestación periódica denominada *merces* (Ardila, 1991).

Teniendo en cuenta la gran influencia del derecho romano para las legislaciones civiles en una gran cantidad de países alrededor del mundo, no es de extrañar que la naturaleza y clasificación del contrato de arrendamiento tal como se reguló en Roma y los mecanismos para su terminación y restitución, se extendería a otros países, es así como en Francia, el Código Francés de 1807 adoptó el criterio del arrendamiento de cosas y de obra, igualmente, el Código civil chileno de 1856 acoge una clasificación aún más fiel a la romana, es decir, el arrendamiento de cosas, de servicios y de obras; esta última clasificación la reproduce el Código Civil Colombiano expedido en 1873. Posteriormente, el arrendamiento de servicios, referido a los criados domésticos y regulado por los artículos 2045 a 2052 del Código Civil colombiano son subrogados por el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos referentes al contrato de trabajo.

Marco normativo

En Colombia, la Conciliación extrajudicial en Derecho, aparece en el ordenamiento jurídico desde el año 1825, con la ley 13 del mismo año promulgada por Francisco de Paula Santander, en la cual se establece por primera vez la conciliación como requisito de procedibilidad en procesos contenciosos civiles para acudir a la jurisdicción ordinaria, siendo los alcaldes municipales o parroquiales las personas facultadas para celebrar esta audiencia y quienes debían procurar porque las partes transigieran los conflictos y se avinieran entre sí en una conciliación amigable (Osorio, 2002).

Respecto a esta primera aparición de la conciliación en la normatividad colombiana es necesario hacer algunos comentarios. En primer lugar, cabe mencionar que no se tiene conocimiento, dado la carencia de documentos históricos, de la efectividad de esta norma en cuanto a la solución de los conflictos, sin embargo, sí se puede considerar que una de las razones que pudieron llevar al establecimiento de esta figura en ese momento pudo ser la existencia de un aparato judicial bastante disperso en el territorio y que impedía que cualquier persona accediera fácilmente a este (Restrepo, 2011).

Otra apreciación que se hace de la conciliación tal y como se estableció por primera vez, es la naturaleza jurídica de esta en razón a quien estaba facultado para llevarla a cabo. En ese sentido, al ser celebrada la audiencia por el alcalde del lugar donde ocurrieron los hechos, se tiene que esta conciliación era de naturaleza administrativa y no judicial en cabeza de particulares investidos con facultad de administrar justicia de manera transitoria como lo es en la actualidad (Estrada, 2011).

Otra norma en la cual se vislumbran aspectos relevantes para la conciliación en el ordenamiento jurídico colombiano es en el Código Civil (Ley 84 de 1873), en el cual, varios artículos tales como el 25, el 16 y el 1602 reflejan la posibilidad de los particulares para disponer y por lo tanto renunciar a aquellos derechos que exclusivamente se prediquen de intereses individuales, así como la imposibilidad de renunciar a aquellos derechos que procuran por el orden público (Peña, Polo, & Solano, s. f.).

Posteriormente, a partir de la ley 120 de 1921, la conciliación tuvo un amplio desarrollo en materia laboral. Es así como gracias a la citada ley, se instituyó la conciliación como facultativa para resolver conflictos en el derecho laboral colectivo, posteriormente, con el decreto 2154 de 1948 se amplía la implementación del mecanismo a conflictos de derecho laboral individual. Hasta este momento, solo era posible la conciliación

laboral para conflictos jurídicos y con la expedición de los decretos 2663 y 3743 de 1950 que se regula la conciliación para conflictos económicos y de interés. (Osorio, 2002). En el año 1971, con la expedición de Código de Comercio (Decreto 410 De 1971), se le otorgó la facultad a las Cámaras de comercio para resolver las diferencias surgidas entre deudores y acreedores en materia comercial, dando origen a los primeros centros privados de conciliación y de arbitraje (Restrepo, 2011).

Con la expedición del Código de Procedimiento Civil (1970), y la modificación hecha a este por el decreto 2282 en el año 1989, se estableció en el art. 101 la audiencia preliminar, en la cual la primera etapa consistía en intentar la conciliación con el fin de evitar un litigio largo y un mayor desgaste del aparato judicial, esta se instituyó para los procesos declarativos, estableciendo algunas excepciones que por la naturaleza misma del proceso impedían la celebración de la conciliación. La ley 23 de 1991, teniendo en cuenta la necesidad de descongestionar los despachos judiciales y de hacerlos más eficientes, creó la conciliación en equidad y los Centros de Conciliación extrajudicial. Ese mismo año, con la promulgación de la Constitución Política que hoy en día nos rige, de conformidad a lo establecido en la parte final del artículo 116, se le otorga facultad a los particulares para que, de manera transitoria, administren justicia mediante la aplicación de los Mecanismos alternativos de Solución de Conflictos – MASC, dentro de estos la conciliación.

Posterior a la expedición de la Carta Política, surge la Ley 446 de 1998, en esta ley se comenzaron a sistematizar los MASC para que no estuvieran dispersos en la legislación y para armonizar ciertas disposiciones. Esta ley abordó aspectos como la conciliación en el área contencioso-administrativa y de familia, reguló aspectos relacionados a los conciliadores, los centros de conciliación y la conciliación en equidad, además de tocar temas sobre el procedimiento arbitral y regular la figura de la amigable composición, en los artículos 130 a 132. (Silva, 2009). Esta ley fue desarrollada a su vez por el Decreto 1818 de 1998, el cual además realizó una compilación de las normas sobre los MASC para constituir su primer estatuto.

Con relación a la existencia de Centros de Conciliación de las facultades de Derecho del país, fue la resolución 800 de 2000 expedida por el ministerio de justicia y del derecho establece los requisitos para la creación de estos centros de conciliación. Con posterioridad, la Ley 640 de 2001 llega a regular todo lo correspondiente a la conciliación extrajudicial en derecho (deberes de los conciliadores, procedimiento, requisito de

procedibilidad, documentos, registro, etc.), siendo en la actualidad la principal norma en materia de conciliación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y como estrategia de descongestión judicial. Con posterioridad a esta norma se han expedido otras normas relativas a la conciliación que han depurado este mecanismo en las distintas áreas (Estrada, 2011). Hasta este punto, si bien, no se ha mencionado toda la normatividad que ha existido en Colombia sobre la conciliación, sí se ha hecho un bosquejo que ha permitido verificar como ha sido su evolución en el derecho dentro de nuestro País.

A diferencia de la conciliación, el contrato de arrendamiento de vivienda urbana ha sido normativamente más estable puesto que a lo largo de la historia colombiana ha tenido un número menor de normas las que lo han regulado, siendo las dos más importantes el Código Civil y la ley 820 de 2003. Aunque en Colombia se puede identificar el origen normativo del contrato de arrendamiento antes del Código Civil, para hacer este estudio tendríamos que remitirnos a Las Siete Partidas, la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación (Montoya, 2015). Como se ha mencionado anteriormente, el Código Civil expedido en 1873 introduce al ordenamiento jurídico colombiano el contrato de arrendamiento tal como se manejaba en el Derecho Romano, esta regulación se encuentra en el Libro IV del Código, referente a las obligaciones y los contratos, y desde el artículo 1973 regula aspectos como los tipos de arrendamiento, las obligaciones de las partes que cada uno de estos contratos (arrendador y arrendatario), la expiración del contrato concluyendo con una serie de casos o relativos al arrendamiento de bienes diferentes de cosas corporales. Esta regulación incluía normas relativas al arrendamiento de criados domésticos, las cuales, como ya se ha mencionado, fueron subrogadas por el Código Sustantivo (Montoya, 2015).

Posteriormente, Con la expedición del Código de Comercio en 1971, se buscó establecer normas especiales referentes al arrendamiento de inmuebles utilizados para el desarrollo de actividades comerciales en establecimientos de comercio.

En 1985 con la Ley 56, se regularon aspectos relativos al arrendamiento de bienes inmuebles urbanos destinados a vivienda, dentro de los motivos por lo que se proclamó esta norma se encuentra la importancia de tener en cuenta la finalidad social que debe tener la propiedad privada. Esta ley incluía aspectos como una definición del contrato de arrendamiento de vivienda urbana, el termino del

contrato, la prórroga, el valor del canon de arrendamiento, y su reajuste, las obligaciones del arrendador y del arrendatario, la terminación del contrato, entre otros aspectos. (Pineda & Resptrepo, 2014).

Actualmente, el contrato de arrendamiento de vivienda urbana es regulado por la ley 820 de 2003, esta ley regula varios aspectos tales como la forma en que se puede celebrar el contrato, las clases, el término de duración, las obligaciones de las partes intervinientes en el negocio jurídico, el procedimiento para el pago por consignación, los servicios públicos domiciliarios, el subarriendo, el valor del canon de arrendamiento, la terminación del contrato, entre otras disposiciones.

Por otra parte, con respecto a la acción procesal que tiene el arrendador para recuperar la posesión del bien que se entrega en arrendamiento, conocido hoy como el proceso de restitución inmueble arrendado (RBIA), este ha evolucionado normativamente a la par de las normas que han regulado el contrato de arrendamiento. De esta manera, tanto el Código Civil, como la Leyes 56 de 1985 y 820 de 2003, establecían en su momento aspectos procesales relativos al contrato de arrendamiento adicionales a las disposiciones que traían los códigos de procedimiento civil.

Inicialmente, el proceso era denominado “Proceso de Lanzamiento de Arrendatario”, y se encontraba regulado por el C. de P.C, en su artículo 434, norma que posteriormente fue remplazada por el artículo 424 del C. de P.C. que estableció reglas sobre el mismo proceso, pero cambiándole la denominación a la que conocemos actualmente, la cual es proceso de Restitución de Inmueble Arrendado. En estas regulaciones procesales se establecen aspectos específicos que se aplican de manera adicional a las normas generales de los procesos, como por ejemplo, el trámite preferencial de este tipo de procesos y la única instancia cuando la causal que se alega para obtener la restitución es la mora (Semillero de estudios procesales Escuela de Derecho, 2013).

Actualmente, el proceso de restitución de inmueble arrendado se encuentra regulado por el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) especialmente por el artículo 384 el cual toca aspectos como los anexos de la demanda, las notificaciones, la contestación, la imposibilidad del demandado de ser escuchado mientras no consigne los cánones dejados de cancelar, los trámites inadmisibles, las medidas cautelares, los casos en que se puede solicitar la restitución provisional y la única instancia cuando la causal es mora.

Marco conceptual

La conciliación tal como se ha regulado por la normatividad en Colombia es un Mecanismo Alternativo de solución de Conflictos por medio del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado llamado conciliador (Ley 446 de 1998.), sin embargo, para tener un concepto más claro de que implica dicha definición es necesario abordar categorías como el conflicto y los MASC.

Conforme a lo anterior, al habar de conflicto, etimológicamente, proviene del latín *conflictus* que deriva del verbo *confligere* que significa pelear, combatir, luchar. El diccionario de la Real academia de la lengua española define el conflicto como un problema o cuestión materia de discusión (Real Academia Española, 2001). De acuerdo a estas dos definiciones se puede identificar el factor que permite determina la existencia del conflicto, esto es la existencia de intereses contrapuestos o por lo menos la creencia de que existe una incompatibilidad entre dichos intereses que hacen que dos personas entren en contradicción (Peña O. , 2010).

El conflicto, es una condición connatural al hombre, lo que no es natural es la violencia en la que puede desembocar un conflicto, (Mendoza & Sánchez, 2016), asimismo, el fracaso en la transformación del conflicto es lo que conduce a la violencia. El conflicto, puede entenderse como un mal o como un motor para el cambio, pero, por ser algo inherente a la sociedad, se puede decir, no es bueno ni es malo, sino que simplemente está presente y que se debe manejarlos de manera que no desemboquen en violencia, ya que los conflictos no se terminan nunca sino solo se resuelven o se solucionan, es decir que se busca ponerlos en un punto en que las tensiones sean tan bajas que sean imperceptibles, estando siempre presente el riesgo de que se reactiven.

Atendiendo a la naturaleza del conflicto, se puede identificar en él varios elementos, como lo son la pluralidad de actores, puesto que siempre se requiere al menos dos personas para que se configure, la incompatibilidad de intereses que genera el conflicto y la interacción que se origina en razón a dicha incompatibilidad y que redundan en la forma en cómo se aborda el conflicto. Igualmente, los conflictos pueden ser violentos o no violentos, verticales cuando son entre desiguales y horizontales cuando son entre iguales. Dentro de las maneras a las que se ha recurrido para resolver los conflictos se han creado los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, conocidos con la sigla MASC.

Los MASC son, en sentido amplio, todos los procedimientos o herramientas que ofrecen la posibilidad de solucionar o resolver los conflictos sin necesidad de acudir a los medios ordinarios u oficiales que no son otros que los procesos judiciales (Peña O. , 2010). Estos mecanismos, la doctrina los ha clasificado en autocompositivos y heterocompositivos, siendo los primeros aquellos en los que las partes toman la decisión de manera directa aun cuando lo hagan con ayuda de un tercero, pudiendo mencionar aquí la transacción, la conciliación y la mediación, y los segundos aquellos en los cuales los individuos ceden la potestad de decidir a un tercero, tales como en el arbitraje y la amigable composición.

A los MASC y dentro de ellos a la conciliación, se les ha atribuido gran importancia desde la jurisprudencia nacional, entre otras razones porque buscan hacer efectiva la convivencia pacífica como uno de los fines esenciales del estado, además, porque le permiten a las personas interesadas poder participar de manera activa en la solución de sus conflictos, también por ser un gran aporte en materia de acceso a la administración de justicia y por ser un medio para lograr la descongestión judicial que es un problema que aqueja al país. (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C - 222, 2013).

Por otra parte, al ser considerada la conciliación como un MASC, algunos autores han manifestado la inconformidad con el hecho de que actualmente sea situada como un método alternativo o una forma anormal y que se mire al proceso judicial como el canal natural para resolver las diferencias, sin tener en cuenta que incluso desde la historia misma se ha demostrado que la conciliación es la vía natural de arreglar las controversias inherentes ser humano por sus diferencias (Mendoza & Sánchez, 2016).

Una vez abordado el conflicto y los MASC, es preciso decir que la conciliación es un Mecanismo alternativo de Solución de Conflictos de naturaleza auto compositiva, puesto que, si bien existe la intervención de un tercero denominado conciliador, la decisión final del asunto tratado recae exclusivamente en las partes. Al llegar a un acuerdo gracias a la implementación de este mecanismo se expide un acta que tiene los mismos efectos de una sentencia, pudiendo identificar así que dentro de las ventajas que tiene la conciliación se encuentran el ahorro de tiempo, ahorro de dinero, la voluntariedad y la confidencialidad.

En materia civil, la conciliación implica un debate en el cual las partes se encuentran en igualdad de condiciones, siendo los derechos en juego, por lo general, de naturaleza patrimonial, respecto de los

que los particulares ejercen su autonomía para disponer de ellos. La autorización de intervención que otorgan las partes al conciliador es transitoria, y se agota cuando éstas firman el acuerdo de conciliación, siendo este acuerdo de carácter permanente y obligando a las partes a su cumplimiento. (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C - 222, 2013).

Por su parte, el contrato de arrendamiento, al igual que la conciliación, se encuentra plenamente definido en la ley de manera general como un contrato en el cual las dos partes, establecen obligaciones mutuas en las que se concede el goce de una cosa a cambio de una contraprestación económica (Ley 84 de 1873). Específicamente, el contrato de arrendamiento de vivienda urbana es definido de la misma forma, remplazando el término amplio de cosa por el de inmueble urbano destinado a vivienda (Ley 820 de 2003).

De la definición anteriormente mencionada, se puede determinar que el contrato de arrendamiento de vivienda es un negocio jurídico de carácter bilateral por ser necesaria la existencia del arrendador y del arrendatario; igualmente es oneroso por cuanto implica la existencia de beneficios y cargas para cada una de las partes intervinientes; asimismo, es un contrato conmutativo ya que las obligaciones pactadas son claras y determinadas, no estando supeditadas al azar; además de esto, es de tracto sucesivo puesto que las obligaciones acordadas por las partes se renuevan con el tiempo.

Finalmente, en cuanto al proceso de restitución de inmueble arrendado, este es un proceso declarativo que se puede iniciar ante el aparato judicial con el fin de dar por terminado el contrato de arrendamiento celebrado y recuperar la tenencia del arrendatario sobre el bien cedido en virtud a dicho contrato. Este proceso se encuentra regulado en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) dentro de los procesos verbales, con unas reglas específicas establecidas en el artículo 384 y que más adelante serán abordadas.

Tabla 1

Normatividad de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad en procesos de naturaleza civil.

NORMA	OBJETO	ARTS.	TEMA ABORDADO
Constitución Política de Colombia (1991)	Constitución Política de Colombia de 1991.	2, 95 - 6, 116, 229	<p>Fundamento constitucional de la conciliación y de los MASC en general:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Convivencia pacífica como fin esencial del estado. - Deber de propender al mantenimiento de la paz. - Facultad otorgada a particulares para administrar justicia de manera transitoria. - Derecho de acceso a la administración de justicia.
Ley 270 (1996)	Ley estatutaria de administración de justicia	8, 13 - 3	<p>Fundamento legal de los MASC:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Se autoriza al legislador a regular los MASC. - Se desarrolla la facultad de los particulares de administrar justicia transitoriamente a través de la conciliación y el arbitraje.
Ley 446 (1998)	Sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.	64	<p>Se define la conciliación como un MASC por medio del que dos o más personas, gestionan por sí mismas, la resolución de sus desavenencias, con el apoyo de un tercero neutral y calificado llamado conciliador.</p>

Efectos de la conciliación extrajudicial en derecho en los procesos de restitución de bien inmueble arrendado originados...

NORMA	OBJETO	ARTS.	TEMA ABORDADO
Decreto 1818 (1998)	Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.	1, 2, 3, 5, 8, 9	<ul style="list-style-type: none"> - Se define la conciliación. - Asuntos conciliables (los que admitan transacción, desistimiento y la ley expresamente lo permita). - Efectos de la conciliación (presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada). - En casos de restitución de inmueble arrendado, si hay incumplimiento de un acta de conciliación, se autoriza a los Centros de Conciliación para que soliciten al juez que comisione a la inspección de policía para llevar a cabo la diligencia de entrega del bien.
Ley 640 (2001)	Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones	1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 13, 18, 27, 35, 38	<ul style="list-style-type: none"> - Se autoriza a las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, a las entidades públicas y a las facultades de Derecho para crear centros de conciliación y se establecen los requisitos. - Normas generales sobre la conciliación (actas, constancias, clases de conciliación y gratuidad). - Normas sobre los conciliadores (calidades y obligaciones). - Normas sobre los centros de conciliación (creación, centros de consultorios jurídicos facultades de derecho, obligaciones).

NORMA	OBJETO	ARTS.	TEMA ABORDADO
Ley 640 (2001)	Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones	1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 13, 18, 27, 35, 38	<p>- Conciliación extrajudicial en derecho (en materia civil puede ser celebrada en centros de conciliación, defensoría del pueblo, ministerio público, notarías, personeros (residual) y jueces civiles o promiscuos municipales (residual)).</p> <p>- La conciliación es requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción civil en procesos declarativos, exceptuando los declarativos especiales, aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados.</p> <p>- El no agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad es causal para inadmitir la demanda.</p>
Ley 1564 (2012)	Código General del proceso (CGP)	90, 384, 590	<p>- En el proceso de restitución de inmueble arrendado el demandante no tiene la obligación de agotar la conciliación como requisito previo a la demanda.</p> <p>- La conciliación no es requisito de procedibilidad en los procesos en que se soliciten medidas cautelares.</p>

Elaborada por los investigadores en mención, con base en las leyes vigentes sobre Conciliación en materia Civil en Colombia.

Efectos de la conciliación extrajudicial en derecho en los procesos de restitución de bien inmueble arrendado originados...

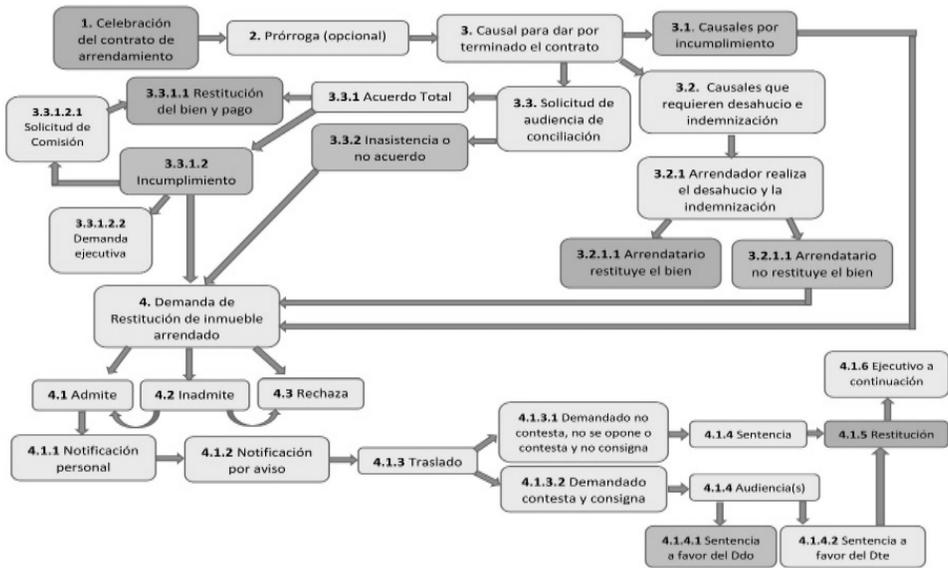


Gráfico 1. Normatividad sobre el proceso de restitución de bien inmueble arrendado

Elaborada por los investigadores en mención, con base en las leyes vigentes sobre Conciliación en materia Civil en Colombia.

En el flujograma anterior se muestran los eventos que se pueden presentar desde la celebración de un contrato de arrendamiento hasta la restitución del bien inmueble arrendado. A continuación, se presenta una explicación detallada del flujograma con anotaciones de la normatividad correspondiente a cada evento posible.

1. Celebración del contrato de arrendamiento (Ley 820 de 2003):

Es el momento en que las partes (arrendador y arrendatario) acuerdan, bien sea de manera verbal o escrita, que el arrendador cede el uso y goce del bien inmueble urbano destinado para vivienda al arrendatario a cambio de una prestación económica que será cumplida de forma sucesiva de acuerdo a lo convenido por las partes. De la celebración de este contrato se deben identificar los siguientes elementos (Art. 3):

- Identificación de los contratantes y del inmueble sobre el que recae el contrato, o de la parte de este que se arrienda.
- Determinación del valor del canon de arrendamiento y la forma de pago de este.
- Término de duración del contrato, el cual, sino se estipula expresamente, es de un año (Art. 5).

- Especificación de los servicios con los que se entrega el bien inmueble, tales como energía, agua, gas, alcantarillado, entre otros, y a cargo de quien están. Igualmente, especificación de los servicios conexos o adicionales acordados (internet, televisión, telefonía) y a cargo de quien se encuentran.

2. Prórroga (Ley 820 de 2003): Una vez cumplido el término inicialmente pactado en el contrato de arrendamiento, o cumplido un año si no se estipuló dicho término, si ninguna de las partes del contrato manifiesta la intención de dar por terminado el contrato, este se entenderá prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término inicial, siempre y cuando tanto arrendador como arrendatario hayan dado cumplimiento a cada una de las obligaciones estipuladas y el arrendatario acepte el aumento en el valor del canon efectuado de conformidad a la ley. (Art. 6).

3. Causal para dar por terminado el contrato (Ley 820 de 2003): Dentro del término de duración del contrato, al finalizar dicho término o dentro de una de sus prorrogas, se pueden presentar ciertas situaciones que den pie para que las partes.

3.1. Dentro de las causales mencionadas, existen causales en razón al **incumplimiento** que permiten que el arrendador inicie de inmediato el proceso de RBIA sin necesidad de realizar el preaviso y la indemnización, dentro de estas causales se encuentran el no pago de los cánones de arrendamiento, la mora en el pago de servicios públicos domiciliarios, el subarriendo por parte del arrendatario sin autorización expresa del arrendador, la perturbación de la tranquilidad de los vecinos o colindantes, la realización de mejoras en el bien sin autorización expresa del propietario (Art. 22 núm. 1-5).

3.2. Adicionalmente, existen causales que requieren el agotamiento por parte del arrendador de un trámite consistente en realizar un preaviso (desahucio) que generalmente debe ser efectuado con al menos tres meses de anticipación y otorgar una indemnización al arrendatario. Dentro de estas causales se pueden mencionar cuando el arrendador requiera el bien para su habitación propia, para remodelaciones o para venta definitiva del inmueble (Art. 22 núm. 7-8). Una vez el arrendador realiza el preaviso y entrega la indemnización conforme al trámite legal (Art. 23) es posible que el arrendatario restituya el bien inmueble, sin embargo, también es posible que el arrendatario no restituya el bien, caso en el cual el arrendador deberá iniciar el proceso judicial de RBIA ante los jueces competentes.

3.3. En cualquier caso, el arrendador tiene la posibilidad de acudir a la conciliación como mecanismo para obtener la restitución del bien y el pago de cualquier prestación económica que adeude el arrendatario sin necesidad de acudir al aparato judicial, aunque esta no sea requisito de procedibilidad para proceder con la demanda de RBIA. En ese orden de ideas, podría presentar la solicitud de audiencia de conciliación ante cualquier centro de conciliación como es el del consultorio jurídico de CECAR, ante defensoría del pueblo, el ministerio público o notarías, y residualmente ante los personeros o ante los jueces civiles o promiscuos municipales (Ley 640, 2001).

Cuando la solicitud de audiencia de conciliación se realiza ante el Centro de Conciliación del Consultorio Jurídico de CECAR, la cual es totalmente gratuita se procede a verificar que se encuentren los anexos necesarios para agendar y celebrar la audiencia, cuando se trata de contrato de arrendamiento celebrado de forma verbal, se solicita la presentación del documento de identidad, el documento que acredite la propiedad o posesión del bien arrendado (promesa de venta, contrato de compraventa, escritura pública o certificado de tradición y libertad) y el recibo de energía para determinar que de acuerdo al estrato socioeconómico existe competencia por parte del centro. Una vez agendada la audiencia es designada a uno o más conciliadores que son estudiantes de décimo semestre.

De la celebración de la audiencia de conciliación solicitada por el arrendador para lograr la restitución del inmueble arrendado pueden darse varios resultados. De esta manera, de conformidad al artículo 2 de la Ley 640, si la parte citada (arrendatario) no comparece, se expide una Constancia de inasistencia, si ambas partes se presentan a la audiencia, pero no se llega a ningún acuerdo se expide una constancia de no acuerdo (Ley 640, 2001). En ambos casos, el arrendador debe iniciar el proceso de RBIA (3.3.2).

Por otra parte, si en la audiencia de conciliación se llega a un acuerdo total (3.3.1), en el cual se pacta la restitución del bien en determinada fecha y adicionalmente el pago de cualquier prestación económica surgida de la mora en los cánones, en los servicios públicos domiciliarios o por daños causados, por ejemplo, se levanta un acta de conciliación que debe cumplir con los requisitos del artículo 1 de la Ley 640 y que pasa a tener los mismos efectos de una sentencia judicial, esto es, que hace tránsito a cosa juzgada por no poderse volver a tratar el mismo asunto nuevamente y presta mérito ejecutivo en el entendido

que el incumplimiento de las obligaciones de contenido patrimonial suscritas en el acta por una de las partes dan la posibilidad a la otra de iniciar un proceso ejecutivo obligando a su cumplimiento.

Suscrita el acta, es posible que el citado (arrendatario), a la fecha acordada, restituya el bien y cancele cualquier prestación establecida (3.3.1.1). Siendo también posible que el arrendatario incumpla el acta de conciliación, en este caso, el arrendador tiene tres posibilidades: la primera presentar la demanda de RBIA; la segunda, iniciar el proceso ejecutivo para hacer cumplir la obligación de hacer (restituir el bien) y las obligaciones de dar (pago de sumas de dinero); y en tercer lugar, el Centro de Conciliación puede solicitar al juez para que este comisione a la inspección de policía para celebrar la diligencia del bien tal como lo manifiesta el artículo 5 del Decreto 1818 (1998)

4. Demanda de Restitución de bien inmueble arrendado: Cuando existe una causal de dar por terminado el contrato de arrendamiento en razón al incumplimiento de las obligaciones por parte del arrendatario, cuando el arrendador ha realizado el preaviso correctamente y ha entregado la indemnización, pero el arrendatario se niega a restituir el bien, cuando se cita a audiencia de conciliación y no hay acuerdo o no asiste el citado, el arrendador puede iniciar el proceso de RBIA ante los jueces civiles municipales o jueces civiles del circuito dependiendo de la cuantía del proceso, la cual se determina conforme a las reglas establecidas en el artículo 26 numeral 6 del CPG (Ley 1564 de 2012).

Al momento de presentar la demanda de RBIA, el demandante debe tener en cuenta varias reglas especiales establecidas en el artículo 384 del CGP (Ley 1564 de 2012) que existen para este proceso. En primer lugar, adicional a los requisitos generales de la demanda del artículo 82 del CGP, el demandado debe anexar a la demanda la prueba de la existencia del contrato, la cual, cuando el contrato es de manera verbal se puede constituir por una declaración jurada ante notaria, un interrogatorio extraprocésal de parte o una prueba testimonial sumaria (no controvertida). Igualmente, dependiendo de cada caso en particular, el demandante debe aportar ciertos documentos, como por ejemplo los que acrediten el preaviso la indemnización cuando es el caso.

Una vez presentada la demanda, el juez, después de realizar el respectivo estudio, puede admitirla (4.1), inadmitirla (4.2) o rechazarla (4.3), conforme a las causales establecidas en el artículo 90 del CGP (Ley 1564 de 2012). En ese sentido, para el caso de la inadmisión, si el

demandante no subsana dentro de los 5 días siguientes, se rechaza la demanda, y si subsana, se admite la demanda.

Al admitir la demanda, el juez reconoce personería jurídica al apoderado del demandante y ordena la notificación al demandado. Esta notificación debe ser realizada por el demandado en los términos de los artículos 291 y 292 del CGP (Ley 1564 de 2012). En ese sentido, inicialmente, se debe remitir por correo certificado al demandado una comunicación en la que se le informe acerca de la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha del auto admisorio, manifestándole además que debe comparecer al juzgado a notificarse personalmente dentro de los 5 días siguientes si reside en el mismo municipio, 10 días siguientes si reside en otro municipio o dentro de los 30 días siguientes si reside en el exterior. Igualmente, según el artículo 384 del Código, para efecto de notificación se considera que la dirección del demandado es la misma del inmueble arrendado.

Si el demandado no comparece al juzgado para notificarse personalmente, el demandante debe efectuar la notificación por aviso, la cual consiste en enviar nuevamente una comunicación por correo certificado al demandado en la que se plasmen los mismos datos de la citación anterior, anexando copia de la demanda y del auto admisorio, manifestando además que la notificación se entenderá surtida al finalizar el día siguiente después de recibida la comunicación, fecha en la que comenzará a correr el término de traslado el cual es de 10 días, dentro de los cuales el demandado puede tomar varias posiciones.

Efectuada la notificación y durante el término de traslado, el demandado puede no contestar la demanda, no oponerse, allanarse a las pretensiones, en estos casos, el juez, vencido el término de traslado emite sentencia ordenando la restitución. Esta decisión también es proferida cuando el demandado contesta la demanda oponiéndose, pero no consigna a órdenes del juzgado los cánones adeudados y que se generen durante el proceso, esto de conformidad con el artículo 384 del CGP.

Si, por el contrario, el demandado se opone durante el término de traslado y consigna los cánones o servicios públicos domiciliarios adeudados más los que se vayan generando durante el proceso, se continua con el trámite del proceso verbal o verbal sumario según sea el caso, procediendo el juez a fijar fecha para audiencia, terminando dicho proceso en la Sentencia que puede ser a favor del demandado o a favor del demandante ordenando la restitución del bien.

Una vez se ha emitido la sentencia ordenando la restitución, el juez comisiona a la inspección de policía para celebrar la diligencia de restitución del bien inmueble. Posterior a la sentencia, el demandante cuenta con 30 días para iniciar el ejecutivo a continuación para el cobro de las sumas de dinero ocasionadas.

Dentro de otras particularidades que tiene el proceso de RBIA que se encuentran establecidas en el artículo 384 del CGP (Ley 1564 de 2012) se pueden mencionar la inadmisibilidad de algunos trámites como la demanda de reconvención y la acumulación de procesos, la tramitación como un proceso de única instancia cuando la causal es solamente mora y la posibilidad de solicitar medidas cautelares y de solicitar la restitución provisional previa diligencia de inspección judicial.

Análisis de las estadísticas del Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, en relación a los procesos de RBIA, bajo la modalidad de contrato verbal, durante el año 2017.

Solicitudes recepcionadas en materia civil en relación e RBIA, durante el año 2017.

Durante el año 2017 se recepcionaron 136 solicitudes en el área civil de las cuales 33 el asunto objeto de conciliación fue restitución de bien inmueble arrendado, correspondiendo al 20%. En donde además de la RBIA las pretensiones subsidiarias de los fueron:

- Cobro de canon de arrendamiento dejado de cancelar.
- Pago de Servicios Públicos domiciliarios.
- Pago de Mejoras y/o reparaciones locativas.
- Clausula penal.

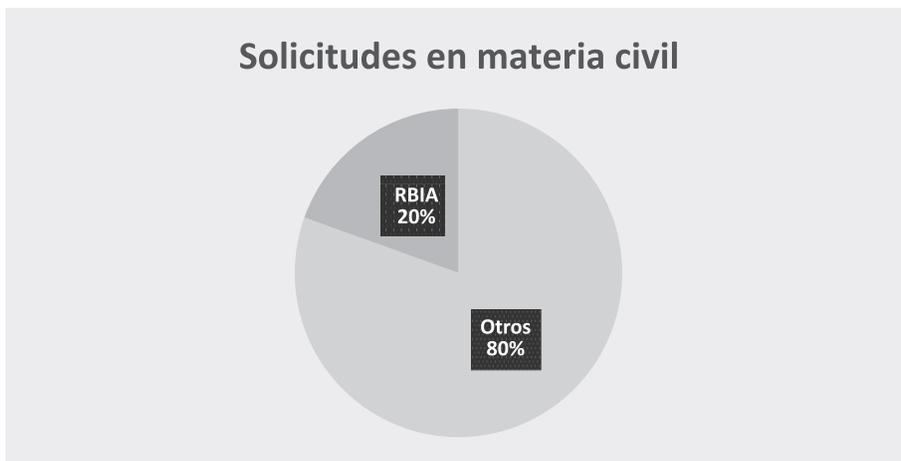


Figura 1. *Modalidad de Contratos, solicitudes de audiencias conciliación Centro de Conciliación CECAR 2017.*

Fuente de creación: los investigadores en mención, con base al archivo de las estadísticas del año 2017 del Centro de Conciliación de CECAR.

MODALIDAD DE CONTRATO

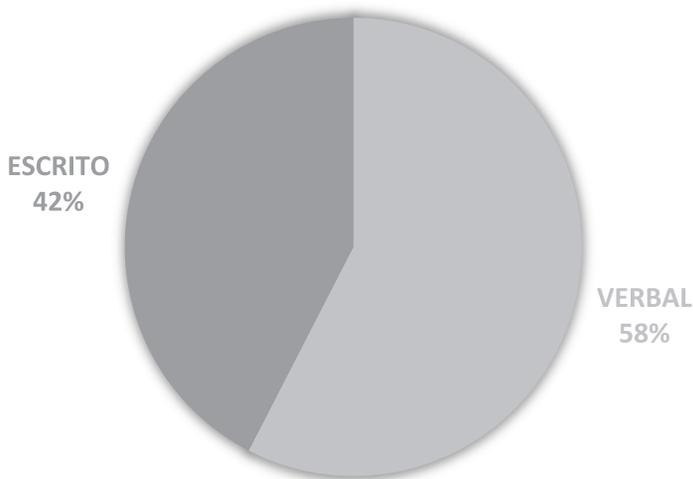


Figura 2. *Modalidad de Contratos, solicitudes de audiencias conciliación Centro de Conciliación CECAR 2017.*

Fuente de creación: los investigadores en mención, con base al archivo de las estadísticas del año 2017 del Centro de Conciliación de CECAR.

Las solicitudes de audiencias de conciliación recepcionadas durante el año 2017 en cuanto al tema objeto de estudio se dividen gráficamente de acuerdo a la modalidad del contrato suscrito por las partes, teniendo presente que la ley establece contratos verbales y contratos escritos, produciendo ambos la misma validez jurídica frente a tercero y ante las mismas partes. En esta oportunidad la gráfica 1, describe el porcentaje de contratos celebrados con un total de 33 contratos de arrendamiento, de los cuales 19 son verbales, traducido a un porcentaje del 58%, y 14 se celebraron de forma escrita, traducido en porcentaje a un 42% del total de los casos atendidos en dicho asunto.

El método a través del cual se obtuvo la información anteriormente documentada fue mediante del diseño de una ficha dividida de acuerdo a las diferentes modalidades de contratos, resultados arrojados, de registro y el objeto a conciliar.

Resultados de las solicitudes presentadas durante el año 2017, en relación a los procesos de restitución de bien inmueble arrendado

RESULTADOS DE SOLICITUDES DE RBIA 2017

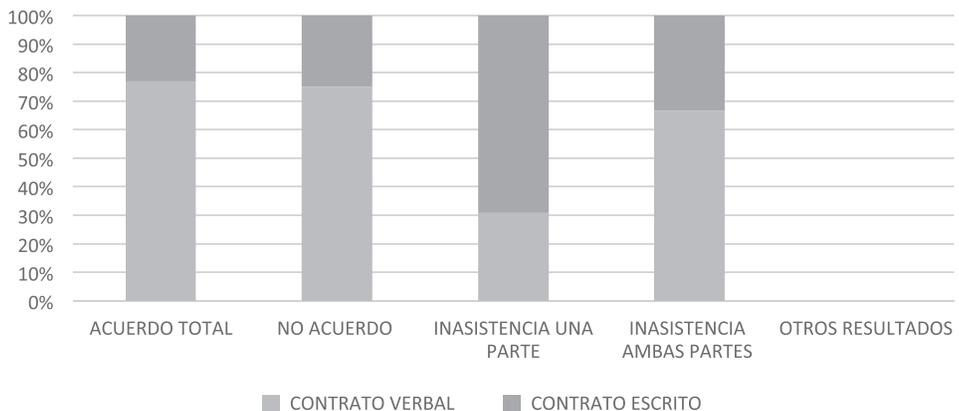


Figura 3. Resultados de solicitudes de audiencias conciliación, recepcionadas en el Centro de Conciliación CECAR, presentadas durante el año 2017, con relación a RBIA, bajo la modalidad de contratos verbales y escritos.

Fuente de creación: los investigadores en mención, con base al archivo de las estadísticas del año 2017 del Centro de Conciliación de CECAR.

De las solicitudes recepcionadas durante el año 2017, donde el objeto de la conciliación era RBIA, de acuerdo al análisis estadístico realizado se traduce en la gráfica 2 y se describen de la siguiente manera:

- **Contratos Verbales:** Se celebraron en total 19 de los cuales arrojaron como resultado 10 acuerdos, 3 no acuerdo, 4 inasistencia de una parte, y 2 inasistencia de ambas partes. Siendo el mayor resultado los acuerdos totales equivalentes al 53% de los casos que se presentaron con contratos verbales.
- **Contratos Escritos:** En cuanto a las audiencias que se celebraron mediante la modalidad de contratos escritos, los resultados fueron 3 acuerdos, 1 no acuerdo, 9 inasistencia de una parte, y 1 inasistencia de ambas partes. A diferencia de los contratos celebrados de manera verbal en estos contratos el mayor resultado fueron las inasistencias de una o de ambas partes, para un total del 71%.

Conclusiones

Del desarrollo de la investigación, finalmente se ha logrado analizar que la conciliación extrajudicial en derecho como MASC en los procesos de restitución de bien inmueble arrendado celebrados mediante contratos verbales, logran reducir la afluencia de procesos en sede judicial obteniendo así una solución ágil, eficaz y gratuita, partiendo de que los servicios prestados en el Centro de Conciliación de CECAR, son completamente gratuitos para las personas de estratos socioeconómicos 1 y 2, haciendo énfasis en el asunto susceptible de conciliación abordado en la investigación afirmamos que a través de este mecanismo las personas obtienen un salvavidas jurídico en el entendido de que no tienen un documento escrito que respalde la garantía de su negocio y al celebrar la audiencia de conciliación en un gran porcentaje obtienen satisfacer la pretensión principal que es la restitución del bien inmueble arrendado y las subsidiarias que se presentan como la cancelación de cánones de arrendamiento, pago de servicios públicos domiciliarios, entre otros. Adicionalmente, es de gran importancia dejar por sentado que desde el análisis estadístico elaborado por los investigadores la totalidad de los acuerdos celebrados se cumplieron a cabalidad, obteniendo

así menos procesos judiciales, y permitiendo el acceso de administración de justicia a la ciudadanía en general.

Como apreciaciones propias de los autores se puede establecer que en ocasiones la conciliación resulta ser más efectiva en aquellos asuntos donde no constituye requisito de procedibilidad que en aquellos en donde así lo establece la ley, toda vez puede entenderse la obligatoriedad de la conciliación como un acuerdo forzado y lejano a la voluntad de las partes.

Como recomendaciones por parte del grupo de investigadores se recomienda promover y socializar la figura de la conciliación para evitar litigios dispendiosos, en cuanto a la modalidad de procesos de restitución de inmueble arrendado, así mismo crear cultura de legalidad, en el entendido de que se les recomienden a las personas que realizan negocios jurídicos de arrendamiento lo realicen de manera escrita, para que exista mayor certeza de las condiciones del contrato.

Referencias

- Ardila, N. A. (1991). *El contrato de arrendamiento y el proceso de restitución de inmueble (lanzamiento)*. Bogotá: Ediciones librería del profesional.
- Constitución Política de Colombia (7 de julio de 1991).
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C - 222 (M.P. María Victoria Calle Correa 17 de abril de 2013).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 15 de diciembre de 1948 (15 de diciembre de 1948).
- Decreto 1818. Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. (7 de septiembre de 1998).
- Decreto 410 De 1971, Código de Comercio Colombiano (27 de marzo de 1971).
- Denzin, N. K. (2012). *Manual de Investigación Cualitativa*. Bogotá Colombia .
- Díaz, H., & Contreras, D. E. (2010). *La conciliación. Hacia la construcción de un mecanismo efectivo de acceso a la justicia*. Bogotá: Universidad Libre.

- Estrada, M. (2011). *Análisis jurisprudencial de la Conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en el proceso civil*. Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena.
- Folberg, J., & Taylor, A. (1997). *Mediación, resolución sin litigio*. México: Noriega Editorial.
- Instituto SER. (1996). *Evolución cuantitativa de la justicia*. Bogotá: Revista coyuntura social de Fedesarrollo.
- Ley 1564 de 2012, Código General del proceso (15 de julio de 2012).
- 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 640. Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. (5 de enero de 2001).
- Ley 820 de 2003, Por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones. (10 de julio de 2003).
- Ley 84 de 1873, Código Civil Colombiano. (26 de mayo de 1873).
- Mendoza, C. I., & Sánchez, R. M. (2016). *La Conciliación extrajudicial en Derecho: Una alternativa de acceso a la administración de justicia y construcción de paz en la comuna 1 del municipio de Palmira, Valle del cauca*. Cali: Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/8421/Conciliacion_derecho_alternativa.pdf;jsessionid=D789D1E4F-1DA68DECE223C354B0C548D?sequence=1
- Montoya, J. P. (2015). *La responsabilidad civil del intermediario en el arrendamiento de inmuebles*. Medellín: Universidad de Medellín.
- 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.
- Peña, O. (2010). *Conciliación extrajudicial: teoría y práctica*. Lima: APECC.

- Pineda, J. H., & Restrepo, S. d. (2014). *Contrato de Arrendamiento y Condición Resolutoria: Acerca de la Validez Jurídica y la Aplicación Práctica de la Condición Resolutoria de Pleno Derecho en el Contrato de Arrendamiento de Vivienda Urbana en Colombia*. Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española*. Madrid. Obtenido de <http://www.rae.es/rae.html>
- 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.
- Semillero de estudios procesales Escuela de Derecho. (2013). *Cambios en el proceso civil como reflejo de las necesidades económicas colombianas*. Cartagena de Indias: Universidad EAFIT.
- Silva, P. T. (2009). Desarrollo de la conciliación a partir de la Constitución de 1991. *Panorama*(7), 80-86.
- Varón, J. C. (Septiembre de 2002). Régimen jurídico de la conciliación en materia civil y comercial. *Arbitraje y conciliación*, 101-183.

MECANISMOS DE INFORMACIÓN SOBRE LAS RUTAS DE PROTECCIÓN A LOS PACIENTES EN CASO DE FALLA DEL SERVICIO: ESTUDIO DE CASO HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, AÑO 2017

Pedro Juan González Ortiz¹
Pedro Luis González Gómez²
Wilson Alonso Montoya Gaviria³

Resumen

La sistemática y creciente vulneración de los derechos de los pacientes por parte de las E.P.S. y de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y en el mismo nivel las circunstancias de los errores médicos y como consecuencia la violación a la *Lex Artis*, nos motivaron a indagar sobre la importancia para el paciente de informarse y conocer de primera mano sus derechos y mecanismos de protección. En igual forma, las rutas a seguir cuando se trata de la defensa de los mismos en los casos de falla en el servicio de salud derivados de cualquier causa. Esto porque el paciente es considerado víctima y existe la previsión legal de acceder a la justicia en busca de materializar los derechos en las rutas de las que trata esta investigación: información, verdad, justicia y reparación integral por los daños generados por el citado prestador o responsable de los perjuicios suscitados por la falla y de esta manera hacer efectivas las garantías que el Estado pone a su disposición.

Palabras Clave: derechos de los pacientes, derechos humanos, *lex artis*, mecanismos de información, rutas de protección, derecho médico, falla del servicio.

1 Egresado del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Email: pedro.gonzalezo@cecar.edu.co

2 Egresado del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Email: pedro.gonzalezg@cecar.edu.co

3 Egresado del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Email: Wilson.montoya@cecar.edu.co

Abstract

The systematic and growing violation of patients' rights by the E.P.S. and the Healthcare Provider Institutions, and at the same level the circumstances of the medical errors and as a consequence, the violation of the *Lex Artis*, motivated us to inquire about the importance for the patient of being informed and to know first-hand their rights and protection mechanisms. In the same way, the routes to follow when it comes to the defense of the same in cases of failure in the health service derived from any cause. This is because the patient is considered a victim and there is a legal provision to access justice in order to materialize the rights in the routes covered by this investigation: information, truth, justice and integral reparation for the damages generated by the aforementioned provider or responsible for the damages caused by the failure and in this way make effective the guarantees that the State puts at your disposal.

Keywords: rights of the patients, human rights, *lex artis*, mechanisms of information, medical right, protection router fails in the service.

Introducción

Este trabajo tiene como objetivo dar a conocer los resultados de una investigación socio-jurídica realizada para establecer la eficacia de los mecanismos de información sobre las rutas de protección de los pacientes víctimas de fallas en la prestación del servicio médico en el Hospital Universitario de Sincelejo en el periodo 2014-2017. En el desarrollo de la presente investigación se describen las dificultades que libra el usuario del servicio médico frente a hechos y consecuencias del servicio de salud, toda vez que el desconocimiento por falta de información al paciente, responsabilidad de las entidades que integran el sistema general de seguridad social en salud, evidencia su inexistencia en materia de responsabilidad médica y el derecho médico. El tema en referencia se estudió desde diferentes aristas, con el objetivo de darle prevalencia al derecho que asiste al paciente como víctima de una falla en el servicio, así como mostrar algunos mecanismos de información sobre las rutas de protección al paciente cuando se presentan errores médicos. De esta manera se pretende crear conciencia en el paciente e interesar a las EPS, IPS y entidades responsables de la urgencia de implementar estas medidas para buscar la máxima garantía y calidad en los servicios de salud.

Factores como la corrupción generalizada, la desorganización administrativa, la competencia desleal entre sus actores, la fuerte intervención de algunas agencias del Estado en favor del sector privado en detrimento del sector público, el cierre generalizado de hospitales, las huelgas continuas de los trabajadores del sector, al igual que el rechazo de la racionalidad administrativa y económica del sistema hacen del sector salud un frente del estado carente de seguridad y credibilidad. Además las múltiples y diferentes fallas en la prestación del servicio médico por parte de los actores a causa de la negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia de protocolos y reglamentos, como una realidad en ascenso, configuran un panorama asaz desalentador en relación con la tarea que tiene el Estado a nivel nacional, regional y local de garantizar la prestación del servicio de salud como derecho, las rutas de información y los mecanismos de protección de estos, a través de las distintas acciones y medios de control instituidos para ello.

Desde lo constitucional, normativo, y en el ámbito internacional de los derechos humanos se precisa la existencia de los mecanismos de protección de los derechos del paciente. El hallazgo de estadísticas en aumento en el que las instituciones de salud y el cuerpo médico han incurrido en fallas en el servicio de salud permiten inferir la reincidencia en la vulneración de ese marco normativo. Según investigaciones del Centro de Estudios en Derecho y Salud Cendes, de la Facultad de Derecho CES, (2015)se encontraron novecientos sesenta y cuatro archivos con solicitudes de dictámenes periciales durante el período de estudio (2014 – 2017), los cuales comprenden demandas ya instauradas y solicitudes de conceptos médicos, evidenciando que al pasar de los años se han aumentado. Estos datos condujeron a la reflexión sobre un planteamiento propositivo sustentado en la investigación que en materia del derecho médico ilustra y defiende los derechos del paciente en los casos en que el arte médico incumple el deber de informar amplia y expresamente los riesgos médicos en los que se puede encontrar un paciente. A este respecto, las empresas prestadoras como entidades aseguradoras y contratantes del servicio no garantizan un sistema de información personalizada o tecnológica que contextualice al paciente víctima de la culpa médica o falla del servicio, para que éste utilice las rutas y los mecanismos de protección que todo el ordenamiento jurídico colombiano e internacional coloca a su disposición. (Cendes, Univ. CES 2014).

Es por ello que el análisis de las rutas de información y los mecanismos de protección de los derechos de los pacientes, así como su ineficacia (Fernández Mónica, 2014) inciden en la puesta en acción regulatoria y jurídica cuando se trata de fallas en la prestación del servicio de salud, lo cual configura para esta investigación el factor más importante con miras a la garantía del derecho. La necesidad de promover y aplicar mecanismos para el restablecimiento de derechos en el contexto de la salud se hace una realidad imperiosa. Uno de los aspectos a destacar dentro del ámbito del bioderecho es la protección a la vida y la salud de las personas, la cual está recogida en diversos instrumentos internacionales; allí se observa la protección en situaciones muy específicas, como el caso de la previsión normativa ante los tratos inhumanos y degradantes. Esto limita y condiciona la atención a otras incidencias que pueden presentarse dentro de estos mismos derechos como son los de la errónea práctica médica; en este caso es necesario la ampliación de la protección jurídica. En ese sentido, se considera imprescindible disponer de mecanismos de información que puedan considerar el riesgo manifiesto al cual se exponen las víctimas de un mal servicio médico que, bien por acción u omisión, pudiera ocasionar una lesión a la vida o a la salud, limitando su derecho a estos, y a la integridad psíquica, física y moral. Por lo tanto lo establecido en la preceptiva tácitamente, a la luz de los derechos de los pacientes, debe estar expreso dentro de los Derechos Humanos, tal como lo cita (Bastidas, N. 2012).

A este respecto, alrededor del ejercicio de las actividades de salud, se generan unas consecuencias que pueden afectar jurídicamente al profesional de la salud, originadas por el daño causado al paciente. Es por ello y en relación con el vínculo contractual y a la seguridad del paciente, la obligación de la institución y el personal médico considerarla más allá de medio, como una auténtica obligación de resultado a fin de asegurar la calidad en la prestación de servicios médicos sanitarios a todos los usuarios. Igualmente se ocasiona un desequilibrio en el patrimonio de las víctimas o sus familiares, porque tienen que cubrir con su propio patrimonio los daños y perjuicios producidos por la falla del servicio, el error médico, una negligencia, o por una imprudencia. La víctima directa o perjudicado por reflejo, entendido también como los denominados indirectos causahabientes (familiares) y no causahabientes del daño médico-sanitario producido por el prestador de salud, cuenta con la capacidad de demandar la protección de sus derechos a través de las acciones legales consagradas en nuestro ordenamiento jurídico

colombiano. Son medios procesales que aseguran la protección judicial de los derechos e intereses de los pacientes, que pueden resultar afectados o, en su defecto, amenazados por las empresas promotoras o prestadoras de los servicios en salud pública o privada.

Falla del servicio con ocasión de la inadecuada prestación de servicios de salud

A este respecto y al tenor de la Ley 472/98 de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o restituir las cosas a su estado anterior. En este orden de ideas, el objetivo de la información es salvaguardar los derechos e intereses colectivos, en este caso de los pacientes, de todas las actividades que puedan ocasionar daños generadores de perjuicios, por la inadecuada prestación de servicios. Así las cosas, jurídicamente es el estado el ente responsable y llamado a poner en ejecución el sistema de protección de los derechos humanos del paciente, signado por los estados en convenciones internacionales y su incumplimiento genera responsabilidad. La Corte Constitucional ha precisado que esta ruta de los derechos se caracteriza por ser derechos de solidaridad, participativos y no excluyentes, en cuanto no constituyen un sistema cerrado a la evolución social y política, que pertenecen a todos y a cada uno de los individuos, por lo que esta información exige una labor anticipada de protección y una acción pronta de la justicia, dirigida a impedir su afectación y en su defecto a lograr su inmediato restablecimiento (López, J. 2014)

El objetivo de estas acciones judiciales previamente informadas al paciente, como rutas de protección, tiene unos propósitos preventivos, suspensivos y restaurativos. Específicamente, en correspondencia con nuestro interés, las instituciones de salud del Departamento de Sucre no están exentas de las dificultades anteriormente descritas, sobre todo las relacionadas con las fallas en la prestación del servicio médico. “Indudablemente el error es perfectamente lógico en cualquier actividad humana y la medicina no está excluida de éste, no es infalible. No obstante, el derecho a equivocarse es también una responsabilidad que asume el individuo” (Ruiz w, 2004). Si bien es cierto que los errores no justifican el actuar médico, tampoco es menos cierto que las entidades de salud deban asumir su responsabilidad social, primando para ellas sus valores y principios corporativos frente a la sociedad, transformando en servicios de calidad lo que toman de ella para el desarrollo de su actividad.

Descrito el planteamiento y enunciada la justificación de la investigación, se realiza el abordaje de algunos antecedentes históricos que hacen referencia a la responsabilidad médica inexistente y además las acciones jurídicas a la que se sometían los médicos y los actores de la salud cuando se generaba un daño por la defectuosa praxis médica. Al inicio de la humanidad, la responsabilidad medica no existía y el medico tenía (Ruiz w, 2004), un carácter sagrado que podía ir más allá de cualquier pena o sanción. Sin embargo esta penalización se inició con las acciones que realizo Hamurabi, Rey de Babilonia al penalizar a los médicos imperitos y negligentes y la *Lex Aquila* Romana, que reguló el resarcimiento del daño causado a otro.

Hoy por hoy, el médico es un profesional más, que ejerce su profesión y puede ser acusado ante los jueces correspondientes. Según Yepes (2008) en Colombia siempre han existido normas jurídicas que permiten plantear la existencia de diferentes clases de responsabilidad por la prestación de servicios de salud, los cuales se mencionarán en esta investigación. En este orden de ideas, ubicando el estudio en el sistema jurídico y de salud actual en la línea de investigación socio jurídica tratada, se ha enfatizado en los contextos y matices relevantes en los que se ve inmerso el servicio de salud, el actuar médico, los derechos del paciente y las acciones jurídicas en las rutas protectoras y garantes en un Estado democrático y social de Derecho:

Además de la responsabilidad personal que pueda surgir para el personal médico y paramédico, existe una diversidad de disposiciones de carácter administrativo, asistencial y jurídico de obligatorio cumplimiento por las entidades promotoras e instituciones prestadoras de servicios de salud que pueden originar investigaciones e intervenciones por parte de las direcciones seccionales y locales de salud y de la Superintendencia Nacional de Salud (Yepes, S. 2008)

En efecto, en el ámbito internacional existe una normativa que aborda la protección de los Derechos Humanos, cual es la Resolución 56/83 de la Asamblea General de las Naciones Unidas que establece que los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos son internacionalmente responsables por las acciones u omisiones que configuren desprotección y violación de los Derechos Humanos. Por lo tanto la falta de regulación total o parcial de sistemas de protección del derecho a la vida y la salud en los asuntos de falla médica, son omisiones normativas que configuran responsabilidad estatal.

La Organización Mundial de la Salud, OMS, ha reafirmado permanentemente que la salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, el cual incluye una atención sanitaria oportuna, asequible y de una calidad enteramente satisfactoria. Dicha responsabilidad es propia de los Estados, quienes constitucionalmente deben gestar las condiciones necesarias para que las personas puedan vivir de manera saludable. Asimismo es tarea estatal el impulso y el ofrecimiento de servicios de salud con disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad garantizadas (Matera, J. 2018). La OMS plantea que el derecho a la salud abarca cuatro elementos básicos:

- Disponibilidad: se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas que propendan por la prestación de un excelente servicio.
- Accesibilidad: los establecimientos, los bienes y los servicios de salud deben ser accesibles a todos en general
- Aceptabilidad: todos los establecimientos, los bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente sensibles a los requisitos del género humano y al ciclo de vida.
- Calidad: los establecimientos, los bienes y los servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad”.

Según López, (López, J.2014) El usuario del servicio médico puede sufrir una lesión de carácter temporal o permanente, debido a la acción u omisión del prestador sanitario. El perjuicio al paciente infringe las normas, reglas y principios contenidos en la Constitución Política de Colombia y demás normas legales que requieren de un sistema procesal para hacer efectivos los derechos del paciente víctima del daño. No obstante, la acción u omisión productora del daño, puede enfrentarse por medio de instrumentos constitucionales: la acción de tutela, popular y de grupo, como también los medios de control del contencioso administrativo formando parte de este tipo de mecanismos. Al realizar una aproximación teórica a la figura de la falla del servicio con ocasión de la inadecuada prestación de servicios de salud e identificar las más comunes en el servicio, y en atención a los pronunciamientos del Consejo de Estado, se deben tener

claros algunos conceptos relevantes, a saber: a) Concepto de falla en el servicio, b) responsabilidad por falla en el servicio médico.

Falla en el servicio

El primero, según el módulo la falla en el servicio, editado por la Universidad Nacional Autónoma y a Distancia en adelante UNAD (s.f.):

La falla en el servicio se desprende de la prestación de un servicio estatal, que al no ser prestado en la forma debida genera un daño, derivándose que el Estado tenga que responder directamente por ese daño, lo cual se configura como nexo causal. Este concepto tiene como complemento en este estudio el de la responsabilidad médica, dado que la prestación del servicio de salud está a cargo del Estado, quien por lo tanto es el garante de la misma y al no poder ejercer su control completamente genera la falla en el servicio médico; así se explica el concepto de la responsabilidad por falla en el servicio.

El segundo hace referencia a la responsabilidad médica que supone la obligación de los médicos de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y/o cuidados adecuados en la asistencia del paciente; pudiendo adquirir, a veces, relevancia jurídica. Según Torres, L. (2016) la responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión; sin embargo, el médico puede cometer errores, los mismos que no serán reprochables ética y legalmente, si ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen.

La Ley 23 de 1981 es la principal fuente normativa en lo atinente a la ética médica en Colombia versus pacientes. Como lo expresa la citada Ley 23 de 1981 en su Título I, Capítulo 1, Artículo 4:

La relación médico paciente es el elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito, debe fundarse en un compromiso responsable leal y autentico... De acuerdo con dicha ley la relación médico paciente se cumple en los siguientes casos: Por decisión voluntaria y espontanea de ambas partes, por acción

unilateral del médico en un caso de emergencia, por solicitud de terceras personas, por haber adquirido el compromiso de atender a personas que están a cargo de una entidad privada o pública.

Título II, Capítulo 1, Artículo 5. La ley 23 de 1981 ya lo había tratado en el título III, capítulo 3, artículo 34: La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por los terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley.

En Colombia, el derecho a la salud aparece por primera vez consagrado a nivel constitucional en el año 1936, incorporándose como un elemento trascendental el derecho a la asistencia pública. De acuerdo con esto, la Constitución reconoció el derecho a la salud con un carácter dual: por una parte, como un derecho individual fundamental en sí mismo, y por otra como derecho fundamental conexo a la vida. A partir de este momento en nuestro país se inicia un proceso en pro de la garantía del derecho a la salud en los ciudadanos, proceso que se fortaleció y se ha ido consolidando en las últimas tres décadas, particularmente con la Constitución de 1991.

En este aspecto, desde la Constitución de 1991 se empieza a vislumbrar la salud como un componente dentro de un Sistema de Seguridad Social Integral con la intención de responder de manera mucho más eficaz y pertinente a las recomendaciones Internacionales. Entre el catálogo de derechos que protege la Constitución de 1991, en pro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales tenemos: El derecho a la salud y la seguridad social (art. 44); el derecho irrenunciable a la seguridad social (art 48); y el derecho a la salud y el saneamiento ambiental (art 49). Es claro que desde la Carta Política de 1991, Colombia es un país que cuenta con los mecanismos para garantizar el derecho a la salud de una forma responsable en concordancia con los elementos básicos que plantea la OMS.

Además de los principios citados, el de la calidad se refiere al establecimiento de controles para garantizar a los pacientes la atención oportuna, integral, continua y según estándares de la práctica médica. Es importante tener en cuenta que mediante el Decreto 1011 del 2006, del Ministerio de Protección Social, se reglamentó el sistema obligatorio de la garantía de calidad de la atención en salud del sistema general de seguridad social, aplicable a los prestadores de servicios, entidades

promotoras, empresas de medicina prepagada y demás entidades territoriales de salud. La Ley 100 de 1993, reformada por la Ley 1122 de 2007, regula el sistema general de seguridad social, no solo en salud sino también en pensiones y riesgos profesionales, con una reglamentación extensa, lo cual nos exige limitarnos a referenciar las disposiciones legales que tienen relación con la responsabilidad médica. Nuestra Constitución consagra en Colombia el reconocimiento a la personalidad jurídica, la intimidad, la libertad de conciencia, la protección de la mujer, el niño y el anciano, así como a los débiles físicos y psíquicos; regula el derecho al saneamiento ambiental y a la seguridad social. Existen diversos códigos y leyes en materia de derecho de personas y de filiación, tipos penales que tutelan bienes jurídicos relacionados con la salud, la integralidad y la intimidad, normas administrativas relacionadas con el sistema general de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, así como diversas leyes que regulan aspectos puntuales del derecho médico.

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, prevé: La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Asimismo la ley señala que los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. En tal sentido, el Estado debe contar con políticas públicas de salud que garanticen un efectivo acceso de la población al servicio de salud, basado en un óptimo servicio de alta calidad y que asuma la atención del paciente con excelente grado de responsabilidad, por lo que requiere un cuerpo médico altamente capacitado y así disminuir los daños antijurídicos que se generan cuando se presentan dificultades en la atención.

En nuestro país, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 reguló el derecho fundamental a la salud, el cual durante mucho tiempo fue desarrollado por la jurisprudencia constitucional, inicialmente como derecho fundamental

por conexidad con la vida, siendo posteriormente elevado al rango de derecho fundamental, en posición adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia T-589 de 2003. El novedoso marco regulatorio confirmó el derecho a la salud como fundamental, determinando que es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo y que el mismo cobija el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Igualmente se determinó que la prestación del servicio público de salud es esencial y obligatoria y su dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control están en cabeza del Estado, para lo cual deberá entre otras acciones:

- a. Abstenerse de afectar directa o indirectamente el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas.
- b. Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema.
- c. Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio.
- d. Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población.

En virtud de los principios constitucionales y normativos anteriormente tratados, es imprescindible hacer referencia a lo que en materia jurídica deviene de lo social en cuanto al derecho a la salud, y principalmente amparando lo concerniente al actuar médico y su relación con el paciente, cuando se presentan casos donde la responsabilidad medica aflora. Así, se hace alusión a los diferentes puntos de vista de algunos autores en materia de derecho médico:

Yepes, S. (2008) cita en referencia y expresa: Para Aguilar (1996) el derecho médico es el conjunto de normas jurídicas y preceptos éticos, morales, de carácter público y privado que regulan la actividad del médico con motivo del ejercicio de su profesión, la relación jurídico médico paciente y las consecuencias derivadas de la misma, estableciendo así los principios generales de la responsabilidad médica. Según Giglio

(1996) el derecho médico es una rama autónoma del derecho que regula la actividad del médico, en su ejercicio profesional la relación médico paciente y las consecuencias derivadas de esta. Romero (1996) señala que el derecho médico es la parte del ordenamiento jurídico referida al ejercicio de la profesión médica y, por asimilación, de otras profesiones sanitarias o no vinculadas directamente con la salud. De otro lado Varsi (1996) enseña que el derecho medico es una nueva forma de estudiar jurídicamente las consecuencias del desarrollo, aplicación y practica de las ciencias de la salud en el ser humano. Así mismo, Rodríguez (1998) indica que el derecho medico es la rama del derecho que estudia las relaciones de los profesionales de la salud (médicos y no médicos) entre sí, con los usuarios de los servicios sanitarios (públicos y privados), con el sistema de salud y, de un modo más general, las relaciones entre las ciencias de la salud y la sociedad. En opinión del jurista Obando (2016) el derecho medico está conformado por todas las normas jurídicas que regulan las actividad sanitaria, son todas las disposiciones legales que otorgan garantías a la relación médico-paciente para la protección de los derechos fundamentales tanto del paciente como del médico.

Responsabilidad Civil: De acuerdo a Yepes, (Yepes, S.2008) resulta de gran utilidad mencionar algunos aspectos generales de la responsabilidad patrimonial por la prestación de servicios de salud, como la indemnización de los perjuicios ocasionados a un paciente o a sus familiares en la prestación de un servicio de salud que ha afectado su salud, vida o integridad personal. A diferencia de las demás clases de responsabilidad, cuyo ámbito pasivo es más reducido en materia de responsabilidad civil, la acción puede dirigirse tanto a personas naturales, ya sean o no profesionales, como contra personas jurídicas, trátese de entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado, cooperativas, sociedades e instituciones prestadoras de servicios de salud, como farmacias, laboratorios farmacéuticos, clínicos o patológicos, bancos de sangre y cualquiera otra entidad que preste servicios de salud. Finalmente, y teniendo en cuenta que existe una jurisdicción ordinaria, si la persona natural o jurídica tiene naturaleza civil, los jueces competentes serán los jueces civiles.

Responsabilidad Contenciosa Administrativa: Cuando el servicio de salud es prestado por un hospital o un funcionario público, la competencia pertenece al juez administrativo, lo cual sucede igualmente por fuero de atracción. La acción se denomina de reparación directa, y tiene un término de caducidad de dos años, a diferencia de la demanda de responsabilidad civil, que prescribe en diez años. Aunque tiene una denominación distinta,

constituye igualmente una demanda del paciente o sus familiares por la prestación defectuosa de un servicio de salud y que se denomina falla o falta en el servicio público hospitalario. De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Nacional, el Estado debe responder por el daño antijurídico causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas y en los eventos de culpa grave del funcionario público, el Estado puede repetir en su contra. Mediante la Ley 678 de 2001 se reglamentó la repetición y el llamamiento en garantía indicando que es deber de las entidades ejercitar el llamamiento en garantía cuando el “daño causado ha sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes”, y en su artículo 19 señala que podrá solicitar “el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa graves.

Responsabilidad Penal: La responsabilidad penal por el ejercicio de la medicina ha venido ocupando un papel esencial en las acciones legales de los profesionales de la salud y ha sido objeto de numerosos escritos en los ámbitos internacional y nacional. El Código Penal Colombiano sanciona con penas una serie de conductas que afectan a los valores más altos que exigen protección de la sociedad y que se denominan bienes jurídicos. Finalmente la doctrina ha señalado que puede surgir responsabilidad penal por la negación de servicios médicos bajo la modalidad de delitos culposos o por omisión.

Responsabilidad Disciplinaria: En aquellos casos en los cuales el profesional de la salud tiene el carácter de funcionario público, ciertas conductas pueden dar lugar a la realización de un proceso disciplinario por parte de la dependencia interna de la institución o de la Procuraduría General de la Nación. La Ley 734 de 2002 y los mismos regímenes disciplinarios internos deben definir las acciones u omisiones objeto de sanción y efectuarse igualmente un proceso con plenas garantías tanto en la etapa instructiva como en la formulación de cargos, practica de pruebas e interposición de recursos. Las sanciones consisten, entre otras, en multas, suspensión y destitución. Igualmente pueden tener consecuencias prácticas para otros procesos judiciales contra el profesional.

Responsabilidad Estatutaria o Laboral: Se incluye este tipo de responsabilidad habida cuenta de la existencia de reglamentos en cooperativas, empresas, sociedades científicas, entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud de carácter privado, que regulan en un determinado momento deberes de los profesionales, así como sanciones de diversa índole, resultado esencial de la implementación

de procedimientos con las correspondientes garantías al debido proceso y el derecho a la defensa.

Obligación de Medio: El régimen tradicional de la culpa probada o responsabilidad subjetiva indica que corresponde al paciente demostrar la culpa del profesional de la salud o de la institución que le preste el servicio para que surja la responsabilidad. Dicho sistema fue implantado al tiempo que se señaló que la responsabilidad medica era de carácter contractual, en una sentencia conocida como el fallo “Mercier”, dictado en Francia en 1936, en el cual se señaló que el profesional de la salud no se obliga a curar al paciente sino a “...brindarle los cuidados, no cualesquiera, pero concienzudos, atentos y, reserva hecha de circunstancias excepcionales, conforme a los datos adquiridos de la ciencia” (Yepes, s. 2008) La misma jurisprudencia comenzó a decantar el concepto de datos adquiridos de la ciencia y en algunos fallos utiliza el término de datos actuales. El fallo “Mercier” se ha constituido en uno de los aportes jurisprudenciales más importantes. Mereció una mención años más adelante y todavía se constituye en referencia obligada en la mayoría de los procesos de responsabilidad civil contra un profesional de la salud. Teniendo en cuenta que la obligación del profesional de la salud es de medio, debe entonces el paciente demostrar la culpa de aquel, y puede el medico exonerarse de la responsabilidad que se le imputa, si acredita que actuó con diligencia y cuidado, esto es, con ausencia de culpa, o si demuestra que existió caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva del paciente.

Obligación de Resultado: Por oposición a la obligación de medio, propia de la responsabilidad subjetiva, se encuentra la obligación de resultado, aplicable por algún sector de la doctrina a la cirugía y a la medicina estéticas, reconocida por la jurisprudencia en aquellos casos en los cuales el profesional utiliza terminología asegurando resultados. Según la Corte... Es por ello que en la prestación de servicios de salud debe utilizarse un lenguaje prudente por el profesional y una publicidad y oferta de servicios acorde con la naturaleza de la actividad, para no agravar la obligación del prestador”.

Falla del Servicio Médico y Hospitalario: El régimen de responsabilidad de la falla o falta del servicio aplicable en materia contencioso administrativa tuvo, con algunas variantes, gran aplicación hasta 1992, cuando se consagró la presunción de falla. Lo importante de la teoría era el carácter anónimo de la falta que permitía deducir la responsabilidad del servicio médico y hospitalario, tanto en Francia como en Colombia”.

La *Lex Artis Ad Hoc*: La locución latina *Lex Artis*, literalmente “Ley del Arte” o regla de la técnica de actuación de la profesión de la cual se trata, ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse; en definitiva, si corresponde con la actuación de un buen profesional, un buen técnico o un buen artesano. Es decir, se intenta calificar si la actuación del profesional se ajusta al concepto de excelencia en el momento en que juzga dicha actuación. La *Lex Artis* se aplica para la medición de la obra o el resultado obtenido por un profesional. Es criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en caso de la influencia de otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida derivando de ello tanto el acervo de exigencia o requisitos de legitimación a actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado...

Impericia: Se define como la falta de pericia o habilidad en una ciencia o arte. Aplicado al campo de los servicios de salud, consiste en la falta de conocimientos o capacidad profesional para realizar un acto médico. Sobre esta modalidad de culpa, la jurisprudencia ha dicho que “...la impericia médica es la falta- total o parcial- de pericia, entendiéndose por esta la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina”. Al médico general que efectúa un procedimiento de gran complejidad, como una neurocirugía, y comete un error por desconocimiento o inexperiencia se le catalogaría como imperito”.

Imprudencia: Consiste en la falta de templanza, cautela, prudencia y buen juicio. Existe cuando se somete a un paciente a un riesgo injustificado que no corresponda a sus condiciones clínico-patológicas. Según la jurisprudencia, “...la imprudencia es la falta de prudencia; realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones, la prudencia debe ser una de las virtudes médicas, pues es esencial que el médico ejerza su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado”. Se presentaría cuando el médico, sin contar con el instrumental, los elementos médicos o la infraestructura adecuadas, efectúa un procedimiento sin poder manejar acertadamente una complicación. No habría responsabilidad cuando el médico buscando preservar la vida o la integridad de un paciente, trata de ayudarlo sin contar con los medios disponibles en un evento de urgencia”.

Negligencia: Es un descuido, o falta de cuidado, o una omisión, como cuando no se emplean medios conocidos y disponibles en la prestación de un servicio de salud. Si el profesional no acatando medidas de cuidado, higiene o seguridad que tiene a su disposición, atenta contra la salud del paciente, estaría actuando de manera negligente. Igualmente, si el profesional no revisa la historia clínica, las instrucciones de un equipo, las indicaciones de otro colega, las contraindicaciones de un tratamiento, la anormalidad evidente del instrumental o la fecha de vencimiento de unos medicamentos”.

Violación de Reglamentos: Está constituido por la infracción de los principios científicos y las normas legales. Además de ello, en el campo médico, se daría cuando el profesional se aparta de la *lex artis*, en la realización de una técnica o un procedimiento. Comprendería además la violación de normas legales que consagran reglas precisas y de obligatorio cumplimiento, así como normas de ética médica, estudios profesionales y escuelas científicas. Se plantean asimismo discusiones sobre los protocolos institucionales y la ciencia basada en la evidencia, para lo cual retoma importancia el principio de la libertad terapéutica con sustento científico y precedido de consentimiento informado. En lo que tiene que ver con la *lex artis* o *lex ad hoc*, vale la pena hacer alusión a los pronunciamientos del Tribunal Supremo Español. El primer antecedente legal de la responsabilidad médica en Colombia se inició con la Ley 67 de 1935, la cual consagra que la medicina constituye una función social y que tanto el medico como los demás profesionales eran responsables civil y penalmente por sus omisiones en el ejercicio profesional. Esta ley también limita el ejercicio de la homeopatía y establece sanciones para el ejercicio inadecuado de la profesión médica (Restrepo, N. 2015)

Desarrollo de la Normativa de la Responsabilidad Médica

- Ley 42 de 1945: Dispone la creación de la Escuela Superior de Asuntos Medico- legales.
- Ley 9 de 1952: Establece el año rural y se le asignan funciones médico-legales a los médicos rurales.
- Código de moral medica: Aprobado en 1953 por la Asociación de médicos católicos colombianos.
- Ley 14 de 1962: Dicta normas relativas al ejercicio de la medicina.
- Ley 9 de 1979: Código sanitario nacional.

- Ley 23 de 1981: Código de ética médica y sus derechos reglamentarios.
- Ley 73 de 1988: Establece normas sobre el trasplante de órganos.
- Ley 10 de 1990: Reorganiza el sistema nacional de salud.
- Ley 6 de 1991: Reglamenta la anestesiología.
- Resolución 8430 de 1993: Establece formalidades para el desarrollo de investigaciones, el debido cuidado, consentimiento informado, investigación en sujetos humanos, tratamiento de animales en investigación y otros.
- Ley 100 de 1993: Crea el Sistema de Seguridad Social Integral.
- Decreto 1022 de 2006: Crea el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, SOGCS
- Ley 1122 de 2007: Establece las políticas para la prestación de servicios de salud
- Resolución 1441 de 2013: Establece las condiciones de habilitación para prestadores de salud.
- Ley 1751 de 2015 SOGC: Establece derechos y deberes de las personas en relación con el derecho fundamental a la salud.
- Ley 1400 y 2019 de 1970. Código de Procedimiento Civil.
- Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso.

Derechos y mecanismos de información de los pacientes en la falla del servicio

Estos derechos y mecanismos de información de los pacientes forman parte del derecho al desarrollo humano y tienen una doble dimensión: derechos del constitucionalismo social para la protección de la salud, y un derecho de solidaridad, porque actualmente, la salud es considerada como un problema internacional. Con el objetivo de proteger los derechos de los pacientes, en el contexto de la Unión Europea se han desarrollado numerosas iniciativas. El primer avance fue dado el 18 de diciembre de 2000 con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Proclamada en Niza, reconoce en su artículo 35 que toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales.

Los Derechos Humanos de los pacientes hospitalizados:

Derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la autodeterminación, derecho a la información, derecho a la verdad, derecho a la confidencialidad, derecho a la libertad, derecho a la intimidad, derecho a un trato digno, derecho a la mejor atención posible. El Código internacional de ética médica, creado en el año 1949 por la Asociación Médica Mundial de Inglaterra, establece los siguientes postulados, adoptados por la tercera Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (AMM), Londres (Inglaterra), octubre de 1949 y enmendado por la 22^a de la AMM, Sydney (Australia), agosto 1968 y 35^a de la AMM, Venecia (Italia), octubre 1983; Allí se establecieron los siguientes acuerdos: Deberes de los médicos en general, convertidos en derechos para los pacientes:

- El médico debe mantener siempre el más alto nivel de conducta profesional.
- El médico no debe permitir que motivos de ganancia influyan el ejercicio libre e independiente de su juicio profesional de sus pacientes
- El médico debe en todos los tipos de práctica médica dedicarse a proporcionar un servicio médico competente con plena independencia técnica y moral, con compasión y respeto por la dignidad humana.
- El médico debe tratar con honestidad a pacientes y colegas y esforzarse por denunciar a los médicos débiles de carácter o deficientes en competencias profesional, o a los que incurran en fraude o engaño. Las siguientes practicas se consideran conductas no éticas a. La publicidad hecha por el médico a menos que esté autorizada por las leyes del país y el Código de ética médica de la Asociación médica nacional. b. El pago o recibo de cualquier honorario o cualquier otro emolumento con el solo propósito de obtener un paciente o recetar o enviar a un paciente a un establecimiento.
- El médico debe actuar solo en el interés del paciente cuando preste atención médica que pueda tener el efecto de debilitar la condición mental y física del paciente.
- El médico debe certificar solo lo que él ha verificado personalmente (Obando, B.2016).

Deberes de los médicos hacia los enfermos:

- El médico debe recordar siempre la obligación de preservar la vida humana.
- El médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad. Cuando un examen o tratamiento sobrepase su capacidad, el médico debe llamar a otro médico calificado en la materia.
- El médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente.
- El médico debe prestar atención de urgencia como deber humanitario a menos que esté seguro que otros médicos pueden y quieren prestar dicha atención.
- El médico es auxiliar de la justicia en los casos que señala la ley, obra como funcionario público, obra como perito expresamente designado para ello en una u otra condición. El médico cumplirá su deber teniendo en cuenta las altas miras de su profesión, la importancia de la tarea que la sociedad le encomienda como experto y la búsqueda de la verdad y solo la verdad.
- El médico, por la función social que implica el ejercicio de su profesión, está obligado a sujetar su conducta pública y privada a los más elevados preceptos de la moral universal.

El derecho a la salud tiene su base constitucional en los artículos 44 y 49, siendo un derecho de carácter fundamental e inherente a la persona. Es universal, irrenunciable, esencial, y se encuentra cobijado por una garantía y protección normativa. Esta prerrogativa, que el Estado les debe garantizar a sus asociados con su disfrute y acceso a una prestación de un servicio de salud digno, integral y eficiente se ubica entre los derechos más anhelados por nuestros connacionales, pero también es el de los más reclamados debido a su deficiente prestación (Matera, J. 2018)

Por otra parte la Resolución 13437 de 1991, constituye los Comités de ética hospitalaria y se adopta el Decálogo de los derechos de los pacientes. La Ley 100 de 1993, Resolución 4343 de 2012, unifica la regulación respecto de los lineamientos de la carta de derechos y deberes del afiliado y del paciente en el sistema general de seguridad social en salud y de la carta de desempeño de la entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado. A ellas se suma el

Decreto 1022 de 2006, el cual contempla el sistema obligatorio de la garantía de la calidad, al igual que la Ley 1122 de 2007, que establece las políticas para la prestación del servicio de salud y trata en su artículo 42 del defensor del usuario y del paciente, en la cual la Superintendencia de Salud, en concordancia con la Defensoría del Pueblo son los garantes en la implementación de este acápite, en cada una de las ciudades del territorio nacional. Igualmente la ley 1751 de 2015, instituye derechos y deberes de las personas en relación con el derecho fundamental a la salud.

Derechos dentro de la relación del médico con el paciente

- Escoger libremente al médico. Este derecho pone de presente los siguientes presupuestos básicos recogidos por la ley 23 de 1981 y la ley 100 de 1993, así:
 - La relación médico paciente tiene como piedra angular la libre elección del médico por parte del paciente, pero este derecho trasciende, ya que el médico debe respetar la libertad del paciente para prescindir de sus servicios.
 - Se garantiza a los afiliados al sistema de seguridad social en salud la libre escogencia de los prestadores de servicios de salud entre las diferentes opciones que ofrezcan las E.P.S. Además, se da la posibilidad de que el afiliado pueda trasladarse voluntariamente de prestador de servicio de salud. Sin embargo este derecho está sujeto a las posibilidades ofrecidas por cada institución.
 - El médico tratante debe garantizar al paciente o a sus allegados inmediatos el derecho a elegir al cirujano o especialista de su confianza.
- Información sobre su enfermedad. Este derecho encuentra su desarrollo y está sujeto a las reglas estudiadas en la obligación de información que tienen los médicos (arts. 11 y 18 de la Ley 23 de 1981).
- Tomar decisiones respecto de su organismo. Este derecho se relaciona con el principio de autonomía, que evidencia la libertad que tiene el paciente para adoptar sus propias decisiones sin restricción ni coerción, por más bienhechoras que sean las intenciones del médico. Es decir, en un acto médico la autonomía tiene que ver con la del paciente y no con la del médico. Según

Faden y Beauchamp (Barona. 2016) una acción se ejerce con autonomía si se dan los siguientes requisitos:

- Intencionalidad, indica que la acción ha ocurrido como resultado de la intención de hacerla, por lo tanto no puede ser accidental, inadvertida o por error, ni ser producto de la presión física o mental ejercida por otro. En últimas puede considerarse que es la acción que se lleva a cabo de acuerdo a un plan preconcebido.
 - Conocimiento, indica que la acción se debe ejecutar con entendimiento, o que el paciente debe entender la acción, porque en caso contrario no será autónomo dado que es imprescindible que se comprenda la naturaleza y consecuencia de la acción.
 - Sin control externo. Tiene que ver con el control que desde afuera puede ejercerse sobre el paciente, en relación con sus actos, y que pueda hacerse de distintas formas, así: coerción, manipulación y persuasión e incluso la autonomía puede verse interferida por factores internos, como por ejemplo las alteraciones orgánicas o funcionales del cerebro.
- Confidencialidad en la historia clínica. Este derecho se desarrolla cuando se estudia la obligación que tiene el médico con la historia clínica.
 - Atención no condicionada a pago de honorarios en caso de urgencias. El artículo 23 de la Ley 23 de 1981, establece que en los casos de urgencias la asistencia médica no se condiciona al pago anticipado de honorarios profesionales.

Derechos adicionales

La Asociación Médica Mundial (AMM) (Barona. 2016) le ha otorgado al paciente una serie de derechos adicionales así:

- El respeto de sus decisiones en caso de enfermedades irreversibles.
- Explicación de costos por parte del médico. Busca que el paciente pueda revisar y recibir explicaciones acerca de los costos por los servicios obtenidos, tanto por parte de los prestadores de servicios de salud como por parte de las instituciones sanitarias.

- Recibir o rehusar ayuda espiritual cualquiera que sea el culto que profese.
- Respeto a la voluntad de aceptar o rehusar la donación de órganos para que estos sean trasplantados a otros enfermos.
- Morir con dignidad y a que se le respete su voluntad de permitir que el proceso de la muerte siga su curso normal, en la fase de su enfermedad.

No debe perderse de vista la necesidad que existe de una formación profesional compleja, ya que ésta no debe circunscribirse sólo al aprendizaje y conocimiento de la técnica, sino que debe también abarcar las ciencias humanas y sociales. Al lado de la educación teórica científica que forma al médico en la técnica médica, es conveniente hacer que el profesional de la salud tome conciencia del impacto que sus actos generan sobre la sociedad (Fernández, M. 2014) “

El médico debe ser formado con un criterio humanístico de alto grado, de tal manera que las facultades de medicina se apropien de generar un sentido ético social que le transmita al galeno la importancia de establecer la comunicación con el paciente desde el primer contacto, generando en esa relación confianza y seguridad en todo el proceso o tratamiento. En este orden de ideas es bien sabido sobre los retos que el profesional de la medicina debe enfrentar en materia de riesgos, aunado a la situación.

No debe aguardarse que el riesgo médico ocurra para iniciar la búsqueda de soluciones; resulta necesario que tanto médicos como pacientes tengan un conocimiento previo y suficiente acerca de él. (Fernández, M. 2014) “La práctica de una pedagogía del riesgo médico a través de la información se considera que podría llegar a ser un eslabón importante para hacerle frente desde un punto de vista no contencioso, pues su ocurrencia es generadora de un conflicto entre los intereses del paciente y del médico o entidad hospitalaria”. En consecuencia, es necesario prepararse para el sobrevenir de este tipo de riesgos propios de la actividad médica. Es donde toma importancia la presente investigación, dando relevancia a las rutas de información, que en efecto debe comenzar por parte del médico tratante, toda vez que esto se traduce en un momento fundamental para la búsqueda del bienestar de las partes. La información de los pacientes constituye un modo eficaz no solo para prevenir las acciones de responsabilidad, sino también para conocer el riesgo médico sin necesidad de recurrir a la vía contenciosa. Todo acto médico supone la existencia de un dialogo previo

entre el médico, quien informa sobre el estado de salud y el procedimiento a seguir, y el paciente, quien otorga el consentimiento al acto médico. La información verbal constituye el elemento principal y debe ser suficiente so pena de ser calificada como culposa”.

Las aseguradoras y prestadores de servicios de salud, al igual que las entidades designadas por la Ley 1122 de 2007 en su artículo 42 como defensoras del paciente, carecen de los mecanismos eficaces que faciliten la información de las rutas de protección de los derechos del paciente, cuando de riesgos médicos se trata y se sitúa al paciente en la posición de víctima de un acto médico irregular o equivoco, que vulnera en todas sus formas estos derechos y por consiguiente la *lex artis*. Existen sólo en las E.P.S y las I.P.S unos sistemas de información y atención al usuario (SIAU) donde apenas se colocan quejas y reclamos atinentes a las demoras o falta de oportunidades que el paciente requiere para agilizar procedimientos, consultas médicas especializadas o de subespecialidades, solicitud de medicamentos no pos, o que hallándose dentro del plan de beneficios, su entrega es tardía. De igual manera, información de red de prestadores de servicios, instituciones contratantes, información sobre costos de cuotas moderadoras y copagos, información de trámites de incapacidades y licencias de maternidad, la cualificación de encuestas de satisfacción al usuario. También se encarga esta dependencia de la organización de las asociaciones de usuarios, entre otras de carácter administrativo y de mercadeo. Esto deja ver una importante deficiencia también en las entidades del Estado encargadas de vigilar y proteger los derechos de los pacientes en temas de trascendental magnitud como la relación médico-paciente y el conocimiento puntual de los intrínquilos que se desprenden del acto médico, falla en el servicio y que afectan frontalmente al paciente tanto en su integridad física, moral y económica.

A este respecto, deben contar estas entidades con un sistema de información personalizada y preventiva que oriente y asesore a los pacientes en los casos que éste advierta una falla en el servicio, errada praxis o un error en el acto médico. Asimismo en el evento en que la actuación del profesional de la medicina infrinja o contrarié la *lex artis ad hoc*, para buscar vías de esclarecimiento y las acciones respectivas. Todo ello teniendo en cuenta que estamos frente a un derecho fundamental y que el médico actúa como servidor público. Las entidades del Estado garantes de la protección de los derechos de las víctimas (pacientes), las adscritas al Ministerio de Salud y los Tribunales de ética médica, en todas sus dependencias, deben contar con el susodicho y brindar información

de fácil acceso cuando se consideren vulnerados los derechos de los pacientes, en caso de responsabilidad médica, de tal manera que actúen decididamente como entidades avalistas y vigilantes, al igual que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima), que pueda conocer, afirmar o desvirtuar casos conexos con la responsabilidad médica derivados de la falla en el servicio.

Rutas y mecanismos de protección de los derechos del paciente en la falla en el servicio

En la prestación de los servicios de salud se pueden ocasionar daños a los pacientes, producidos por la negligencia en la acción u omisión del prestador sanitario; daños que originan perjuicios materiales e inmateriales al paciente, que deben indemnizarse mediante un proceso declarativo de responsabilidad civil, o por medio de demanda de reparación directa, cuando el Estado es el causante del daño antijurídico. No se requiere para iniciar los citados procesos de un número plural de víctimas del daño galénico; por ende, puede presentarse por un único paciente perjudicado.

El fin de los anteriores procesos judiciales es el reconocimiento por parte del juez de los derechos del paciente; derecho a la verdad acerca de los hechos causantes del daño y a la justicia e indemnización integral de los perjuicios que se le ocasionaron. La vulneración a los derechos individuales y colectivos del paciente o usuario del servicio médico, debe repararse; para ello, existen acciones judiciales de naturaleza individual o acciones constitucionales colectivas, que tienen los mecanismos necesarios para lograr un propósito: garantizar los derechos de las víctimas del daño. La acción colectiva de clase, requiere de condiciones uniformes de las personas que integran el grupo, en este caso, de pacientes víctimas directas e indirectas del daño médico-sanitario; condiciones uniformes que deben ser preexistentes a la ocurrencia del evento adverso causante de perjuicios.

Así las cosas, tanto las acciones indemnizatorias declarativas de naturaleza civil o estatal, como las acciones constitucionales de grupo con carácter reparador, salvaguardan los intereses análogos del paciente víctima del daño. Por ello, y por el compromiso del legislador de proteger el interés social de la comunidad, fue que se consideró necesario estatuir, para su protección, una acción especial y un proceso diferente para tramitar estas últimas. Esa es la razón por la cual “la garantía constitucional [de las acciones de grupo] se reduce a la alternativa de acudir a un mecanismo más ágil de defensa en un lapso prudencial, sin

que con ello se elimine la posibilidad para los miembros de ese grupo, de ejercer, dentro de los términos ordinarios de caducidad, las acciones individuales que correspondan (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

En suma, las acciones de tutela, populares y de grupo, se constituyen en mecanismos de protección de los derechos fundamentales del paciente; usuario a quienes se le vulneran sus derechos de manera individual, o cuando existe pluralidad y homogeneidad de víctimas y daño, causante de perjuicios materiales e inmateriales al paciente. El resarcimiento del daño es viable a través de la acción popular, o se busca su reparación por medio de la acción de grupo colectiva o de clase y también por el medio de control de la reparación directa, al cual se hará referencia más adelante. A su vez, también existe la teoría del daño punitivo, al que se hará alusión en la propuesta; es una herramienta eficaz para la protección de los derechos del usuario en salud (López, J. 2014)

La víctima del hecho médico-sanitario generador de un daño puede demandar la indemnización de los perjuicios en la jurisdicción ordinaria civil o la jurisdicción contenciosa administrativa. La categoría jurisdicción representa el género y la especie está constituida por la jurisdicción civil cuando el demandado corresponde a un prestador en salud privado, y administrativa en el evento de ser el hospital o un servidor público el causante del daño. Así las cosas, la civil, estatal, penal, entre otras, son las especies de jurisdicción. Sin embargo, de acuerdo con lo señalado anteriormente, existe la jurisdicción constitucional cuyo objetivo es amparar los derechos del paciente.

La víctima del hecho médico generador de perjuicios materiales e inmateriales, tiene tres derechos fundamentales que deben ampararse. El primero, el derecho a la verdad sobre los hechos que ocasionaron el daño y el derecho a conocer su estado de salud; el segundo, relacionado con el derecho a la justicia garantizando su acceso sin dilaciones injustificadas. Por último, la víctima del daño tiene derecho a la reparación integral; derecho que debe garantizársele, cumpliendo de esta forma con la función resarcitoria de la responsabilidad médica señalada en este acápite. Las constantes demandas por falla en el servicio médico que tienen como resultado responsabilidad del Estado, complementan la especial ilustración al paciente para que éste transite exitosamente en la ruta que protege su derecho. Por lo tanto el interés teleológico de esta investigación corresponde al compromiso de las entidades señaladas

en el título anterior, la función de guía, información y orientación del procedimiento a seguir para lograr la efectividad en la aplicación de la ruta y del medio de control pertinente, suministrando las indicaciones necesarias e incluyendo el término de caducidad al que este mecanismo de protección se refiera. Por lo tanto, este estudio desde la generalidad de las fallas en el servicio por parte del Estado, las cuales abarcan variedad de campos en el cual cualquier administrado que se sienta afectado por el Estado puede poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional para que se le indemnice por el daño causado.

Falla en el Servicio por parte de la Administración: la falla en el servicio se desprende de la prestación de un servicio estatal, que al no ser prestado en la forma debida genera un daño, derivándose que el Estado tenga que responder directamente por ese daño, lo cual se configura como nexo causal. Las características de la falla en el servicio (Torres, L. 2016 cita a la UNAD, 2014) que la define como:

- Se pasa de una culpa individual a una culpa de la administración en virtud de una falla en el servicio prestado.
- Se presumirá la culpa del Estado, por el hecho de prestar en indebida forma los servicios que debe prestar, entre los que se encuentran los servicios públicos.
- La persona que sufre perjuicios deberá probar el nexo causal entre el daño y la falla en la prestación del servicio.
- Solo podrá eximirse de responsabilidad al Estado cuando se demuestre que la falla en el servicio se dio por consecuencias extrañas, tales como fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima.
- Cuando el daño se produzca por un servidor del Estado en ejercicio o en virtud de sus funciones, el Estado tendrá que responder por el daño y luego este ejercerá la acción de repetición contra el funcionario ejecutor del daño.
- Si el daño es generado por un funcionario del Estado, fuera de sus funciones administrativas, éste responderá a título personal.

Aunado a los anteriores conceptos se encuentra que la responsabilidad del Estado se configura de diferentes maneras; se detallaran los conceptos pertinentes a la falla en el servicio de salud, como lo son:

- **Responsabilidad Médica por Acción u Omisión:** Hace referencia al compromiso u obligación de tipo moral que surge de la posible

equivocación cometida por un individuo en un asunto específico. La responsabilidad es, también, la obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita. En el ámbito del derecho, en cambio, se habla de responsabilidad jurídica para describir la violación de un deber de conducta que ha sido respaldado con anticipación desde una norma jurídica. A diferencia de una norma moral, la ley surge de un organismo externo al sujeto, el Estado, y es coercitiva (Ruiz, W. s.f).

- **Indemnizar – Resarcimiento:** es la acción y efecto de resarcir. Este verbo, con origen en un vocablo latino hace referencia a reparar, compensar o indemnizar un daño o perjuicio. En el ámbito jurídico, hay un concepto que se conoce como Indemnización por daños y perjuicios que también se llama simplemente resarcimiento. Se trata de una acción que puede ejercer la víctima o a un acreedor para exigir parte de la cantidad de dinero equivalente a la totalidad de los beneficios que se han perdido a causa de una determinada acción de una persona específica (Torres, L. 2016, cita a Ternera 2008).
- **Perjuicio:** término latino praeiudicium que se transformó, en nuestro idioma, en perjuicio. Este concepto refiere a las consecuencias de perjudicar, una acción que consiste en provocar un detrimento a alguien o algo. En el ámbito del derecho, se entiende por perjuicio a un menoscabo que requiere de la indemnización de quien lo genera. Esto quiere decir que la persona que provoca el perjuicio debe indemnizar a la víctima.
- **Riesgo Excepcional:** modalidad de la responsabilidad; quien tiene a su cargo un peligro que se puede causar y que la otra parte no tiene por qué soportar (Torres, L. 2016) cita a Ossorio (2002).
- **Daño Directo:** es el que resulta de manera inmediata de la acción u omisión culposa o dolosa.
- **Actos Médicos:** lo constituyen todos aquellos actos cuyo cumplimiento presenta serias dificultades y requieren conocimientos adquiridos a costa de estudios prolongados; entre los cuales están los diagnósticos, exámenes complejos, interpretación de resultados, tratamiento, medicamentos, prestación del servicio completo.

El Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección tercera, 1995-00935. 11 de mayo de 2006 conceptúa que la declaratoria de

responsabilidad por el servicio médico a cargo del Estado se ha enmarcado siempre en el régimen subjetivo de responsabilidad, esto es en el régimen de falla en el servicio donde predomina el elemento de la culpa. Se debe hacer claridad sobre los elementos que componen la falla en el servicio, los cuales son el daño antijurídico sufrido por el interesado, el deficiente funcionamiento del servicio (falla) y la relación de causalidad que se refiere a la evidencia o comprobación que el daño se produjo como consecuencia de una falla.

Las constantes demandas por falla en el servicio médico, reducen el capital que se puede invertir en hospitales públicos en la calidad, cantidad de personal, equipos de dotación, insumos y en general todo tipo de elementos que se necesitan para un funcionamiento excelente. Esto conduce a que el servicio de salud se preste en condiciones deplorables; en la actualidad la falla en el servicio médico aumenta por las situaciones actuales del servicio médico-sanitario colombiano. Por ello es importante que las garantías existentes en la legislación se hagan efectivas, toda vez que los riesgos se incrementan con el alto número de consultas, procedimientos, intervenciones, diagnósticos, urgencias y demás sucesos médicos, lo que da como resultado un alto porcentaje de demandas, por mínimo que sea el daño causado y el valor solicitado para resarcir el mismo.

Esta responsabilidad siempre se trata como civil extracontractual, establecida en el artículo 49 de la Constitución Nacional que define el servicio de salud como servicio público a cargo del Estado, sea que se preste en forma directa o bajo su supervisión y control.

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección tercera, 1999- 1690. 14 de febrero de 1992 indica, se revelan diferentes tesis como la falla inferida y la falla presunta. La primera considera aceptable la prueba a través de la acreditación de las circunstancias del caso, en la segunda se invierte la carga probatoria a la entidad demandada.

Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, 1999-01065. 12 de agosto de 2014 indica que la conducta médica a asumir por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, debe ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante.

Según el Consejo de Estado Sala Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, Sentencia del 24 de marzo de 2011 describe los eventos de responsabilidad médica por el régimen objetivo así:

- Aquellos eventos que implican la manipulación de cosas peligrosas, o que el procedimiento, o tratamiento empleado entrañe peligro, pero siempre y cuando la herramienta riesgosa cause el daño de manera directa o por ella misma, pues si la lesión es producto de una ejecución irregular del acto médico, aunque medie un instrumento que represente peligro o riesgo, el caso específico estará regido por la responsabilidad subjetiva o culposa.
- Cuando respecto a un medicamento, tratamiento o procedimiento que implica o conlleva un progreso en la ciencia y, por lo tanto, se considera novedoso, se desconocen las consecuencias o secuelas a largo plazo del mismo.
- Cuando en el acto médico se emplean químicos o sustancias peligrosas, (ejemplo medicina nuclear).
- En supuestos de vacunas porque se asume de manera implícita su eventual peligrosidad y reacciones adversas en los diferentes organismos.
- Cuando el daño es producto de una infección nosocomial o intrahospitalaria. (Consejo de Estado, Subsección C, Sentencia del 24 de marzo de 2011, p 16)
- **Falla en el Servicio por Diagnóstico Tardío:** El diagnóstico tardío ocurre cuando se omite una condición médica como consecuencia de una revisión negligente, así esta empeora antes de ser detectada. No tratar ciertas enfermedades puede traer como consecuencia el homicidio culposo del paciente”.
- **Falla en el Servicio por Error en el Diagnóstico:** En algunos casos, se hace un diagnóstico completamente equivocado al basarse en síntomas que pueden ser similares a la condición médica real. En estos casos, un médico puede haber realizado un examen inadecuado y realizar un diagnóstico basándose en los resultados negligentes. Esto puede ocasionar que el médico recete medicamentos innecesarios, errores en la medicación y, además, ocasiona que la condición médica erróneamente diagnosticada no sea tratada. Otro caso de diagnóstico erróneo ocurre cuando

no se detecta una condición médica secundaria y se receta un medicamento incorrecto o inadecuado.

- **Falla en el Servicio por Omitir Tratamiento:** Este concepto se construye a partir de lecturas variadas y se puede interpretar de la mano con la falla anterior y la siguiente, ya que al tener un diagnóstico equivocado no se formula el tratamiento adecuado y por ende se perjudica la salud del paciente por haber perdido la oportunidad y el tiempo de medicar el tratamiento correcto. Aunque la omisión del tratamiento no solo es por error se puede producir por trámites administrativos como autorizaciones o por no contar con agenda abierta de la especialidad necesitada, ya que por los costos que se generan a cargo de las EPS no tienen suficientes profesionales ni equipos para abordar la demanda de servicios.
- **Falla en el Servicio por Irregularidades en la Prestación del Servicio:** Realizada la lectura e investigación en el tema se puede concluir que esta falla se relaciona con la falta de insumos, personal idóneo e instalaciones para la adecuada prestación de servicios de salud. Ésta se configura por que las instituciones no tienen las adecuaciones necesarias (capacidad instalada) para el cabal cumplimiento del objeto para el cual fueron creadas. Se aúna a lo anterior la tramitología administrativa, las autorizaciones tardías y extemporáneas en algunos casos y los mínimos insumos con los que cuenta la red de salud, siendo un obstáculo que solo se puede superar con recursos provenientes del Estado, ya que con los que se cuentan son escasos para atender las solicitudes de los ciudadanos.
- **Falla en el Servicio post Operatoria:** Este concepto se crea con base en diferentes lecturas realizadas, ya que las cirugías son de medio y no de resultado, y luego de ellas se tiene un tiempo de espera para verificar los efectos. Aquí hay varios aspectos a analizar, como son la práctica de la cirugía en si misma, las instalaciones donde se realizó, los cuidados luego de su realización tanto por el equipo tratante como del paciente y la reacción del paciente frente a la cirugía, lo que lleva a generar un cúmulo de posibilidades para la configuración de la falla, desde una infección contraída en el quirófano, una mala praxis de la cirugía, hasta cuidados no acordes con la necesidad del paciente, omisión de cuidado o irregularidad en el mismo.

- **Falla en el Servicio por Atención Tardía o Pérdida de la Oportunidad:** El Consejo de Estado. Sección tercera. Exp. 11878, febrero 10 de 2000, conceptúa: La Corporación en materia de responsabilidad médica acogió en su jurisprudencia, la tesis de la “pérdida de un chance u oportunidad”, consistente en que la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica (es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría.
- **Falla en el Servicio por Falta de Consentimiento Informado:** En su estudio Monsalve & Navarro el Consentimiento Informado, cita Torres, L. (2016) detallan que en la Constitución de 1991 se encuentran los pilares del consentimiento informado, como son la dignidad humana (art 1), la intimidad (art 15), la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad (art 16). Por estar en la Constitución Nacional, que es norma de normas, prevalece sobre las demás leyes. En el año 1991 el Ministerio de Salud adoptó el Decálogo de Derechos de los Pacientes, aprobado por la Asociación Médica de Lisboa, que indica en su artículo 1 parágrafo 2: todo paciente sin discriminación alguna tiene derecho: a disfrutar de una comunicación plena y clara con el médico, apropiada a sus condiciones psicológicas y culturales, que le permitan obtener toda la información necesaria respecto a la enfermedad que padece, así como los procedimientos y tratamientos que se le vayan a practicar, el pronóstico y riesgos a los que dicho tratamiento conlleve, también el derecho a que sus familiares den el consentimiento o rechacen los mismos. La no explicación correcta y la falta de material probatorio de la misma, conllevan a la configuración de esta falla.
- **Falla en el Servicio por Excederse en Tratamientos o Cirugías:** El acto médico por su propia naturaleza acarrea consecuencias legales dado que incide sobre un sujeto de derechos, se entiende que en el caso de los tratamientos o cirugías el personal pone a disposición todo su conocimiento y capacitación, pero en estos casos es una actividad de medio, no de resultado, ya que cada organismo o persona reacciona diferente a los tratamientos,

medicamentos o cirugías; con esto se da por entendido que este tipo de fallas son demandables según etapa probatoria y no el resultado de la misma ya que no es predecible, se esperan los mejores resultados, pero no siempre se obtienen.

- **La Acción de Reparación Directa:** Tiene la acción de reparación directa su fundamento jurídico en el artículo 90 de la Constitución Política, en el cual se define la responsabilidad patrimonial del Estado por la acción u omisión imputable a sus agentes. Este medio de control, consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), consiste en que la persona interesada podrá pedir directamente la reparación de un daño antijurídico por la acción u omisión de los agentes del Estado, o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Algunas características de este medio de control son: a) tiene un término de caducidad de dos años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia (CPACA, Art 164 literal i), b) en todos los casos en los que la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada uno de ellos (Rodríguez, L. 2015).

Algunos aspectos correlativos de este medio de control no requieren reclamación previa, es decir no requiere ni exige como presupuesto procesal reclamación previa ante la administración y menos interposición de recurso administrativo alguno, por lo tanto el interesado podrá acudir directamente a la jurisdicción contenciosa administrativa. Es necesario antes de la formulación de la demanda agotar el trámite de la conciliación prejudicial. Igualmente debe estructurarse **la legitimación por activa**, radicada en la persona a quien el ordenamiento jurídico, según el daño padecido, le reconoce la titularidad del derecho a formular la pretensión y solicitar la indemnización de acuerdo con las reglas procesales. Podrán activarla, persona natural o jurídica, pública o privada, que se consideren lesionadas en sus intereses legítimos por la acción u omisión de las entidades públicas; **legitimación por pasiva**, concordante con el artículo 140 inciso 4 del CPACA. Así mismo la jurisdicción contenciosa administrativa conocerá de

los procesos relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública (Solano, J.2016)

En la misma forma se cita el artículo 165 numeral 1, in fine del CPACA. Oportunidad para demandar. Descrito en el artículo 164 numeral 2, literal i, inciso 1º, in fine del CPACA; el término general de caducidad es de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de ocurrida la situación o conducta específica causante del daño, salvo en el supuesto que determina el artículo antes citado. Acerca del momento en que empieza a contarse el término de caducidad en los casos de responsabilidad médica o de incumbencia de la administración de justicia, la jurisprudencia expresa que existen dos supuestos en los cuales el citado principio de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal hace que se aligere o aliviane la disposición del numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.; estas dos hipótesis son: i) hasta tanto la persona no tenga conocimiento del daño, al margen de que el hecho o la omisión médica se haya concretado en un día distinto o años atrás del momento en que se establece la existencia de la lesión antijurídica y ii) cuando existe un tratamiento médico que se prolonga en el tiempo y respecto del cual se le genera al paciente una expectativa de recuperación.

En el segundo escenario ii) el paciente tiene pleno conocimiento del daño pero el servicio médico le brinda esperanzas de recuperación al someterlo a un tratamiento que se prolonga en el tiempo. En este tipo de circunstancias, el conteo de la caducidad no inicia hasta tanto no se haya proferido el diagnóstico definitivo del paciente. (Sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 19154). La doctrina hace consistir la caducidad como el fenómeno jurídico de la extinción del derecho a accionar por vencimiento del término perentorio concedido por la ley. Así, la caducidad es otro presupuesto procesal para acudir a la jurisdicción y establecido como fenómeno jurídico de extinción de los medios de control por el transcurso del tiempo. Cuando la demanda no se presenta dentro de los términos legales ocurre el fenómeno jurídico de la caducidad, opera de pleno derecho afirman algunos autores, es decir que al vencerse el término perentorio establecido por la ley se extingue por el mero transcurso del tiempo automáticamente el derecho al ejercicio del medio de control o de acudir a la jurisdicción en pretensión contencioso administrativo, en sus consecuencias genera el rechazo de la demanda y para decretarla procesalmente hablando, no se requiere petición de parte, no obstante puede plantearse como excepción previa por la parte demandada.

Caso Hospital Universitario de Sincelejo: Grado de Conocimiento en los Pacientes de las Rutas de Información y sus Mecanismos de Protección como Víctimas de la Falla en el Servicio

Desarrollamos una encuesta de tipo cerrada encaminada a determinar qué nivel de conocimiento tienen los pacientes del Hospital Universitario de Sincelejo, acerca de las rutas de información y de los mecanismos de protección en los años -2014-2017, los resultados obtenidos se valoraron en términos cuantitativos y cualitativos, la encuesta tiene un plan de análisis de datos referente al objetivo de lo que se pregunta, definiendo la posible respuesta como una valoración afirmativa o negativa, y este resultado permitirá realizar unas conclusiones por cada pregunta.

La encuesta está compuesta por cinco preguntas (5) de tipo cerrada. El contenido de la encuesta es el siguiente:

Nombre de la encuesta:

¿Qué nivel de conocimiento tienen los pacientes del H.U.S. acerca de las rutas de información y de los mecanismos de protección en caso de falla del servicio?

Preguntas:

Diga Si o No

1. Conoce usted cuales son los derechos como paciente? SI___
NO_____
2. Conoce usted como proteger sus derechos jurídicamente? SI___
NO_____
3. En el H.U.S le han dado a conocer sus derechos como paciente en caso de una presunta falla medica? SI_____ NO_____
4. Alguna entidad le ha brindado información de cómo acceder a la justicia en caso de un daño causado por mala prestación en el servicio de salud? SI_____ NO_____
5. Sabe a qué entidad acudir en caso de presentarse un falla médica a usted o a algún familiar? SI_____ NO_____
6. Le han informado sobre los riesgos y sus derechos al momento de realizarle un procedimiento médico? SI _____ NO _____

7. Ha conocido por parte de la Defensoría del Pueblo, información amplia como entidad Defensora del Paciente? SI _____ NO _____

Esta encuesta se realizó a los pacientes en el HUS de forma aleatoria que fueron atendidos en las áreas de urgencias, consulta externa y procedimientos quirúrgicos.

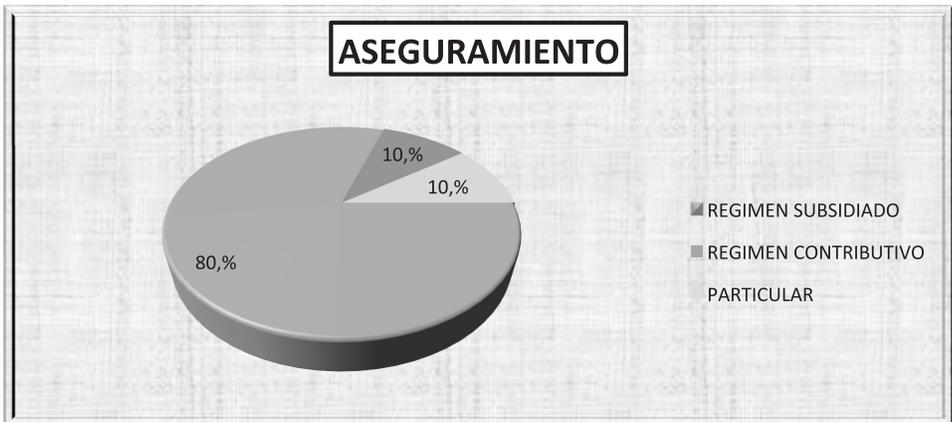
Los resultados obtenidos en la muestra de la encuesta serán valorados de forma cualitativa y el total de afirmaciones o negaciones reflejaran el nivel de conocimiento que tiene el paciente frente al contexto de la pregunta.

Conocimiento de los Pacientes de las Rutas de Información y de los Mecanismos de Protección

La información a los pacientes constituye un modo eficaz no solo para prevenir las acciones de responsabilidad, sino también, para conocer el riesgo médico sin necesidad de recurrir a la vía contenciosa. Todo acto médico supone la existencia de un diálogo previo entre el médico (quien informa sobre el estado de salud y el procedimiento a seguir) y el paciente (quien otorga el consentimiento al acto médico). La información verbal constituye el elemento principal y debe ser suficiente so pena de ser calificado como culposa. Al respecto, criticando la práctica frecuente que en nuestras instituciones de salud se ejercita, en el sentido de hacer que el paciente suscriba un formato pre impreso a través del cual se otorga el consentimiento, la jurisprudencia Colombiana ha sido precisa en señalar que el consentimiento que exonera, no es el otorgado en abstracto, in genere, esto es por todo y para todo el tiempo, sino el referido a los riesgos concretos de cada procedimiento. Por tanto, el consentimiento debe ser individual para cada tipo de tratamiento, y no global, como se acostumbra en muchos formatos pre impresos.

Toma de datos:

En el desarrollo de esta encuesta se logró determinar que uno de cada diez pacientes encuestados solo respondió de forma afirmativa frente a la misma. Dejando entrever que la calidad de información suministrada por parte de las entidades a sus pacientes es paupérrima, quedando el paciente con un vacío tal que no sabría qué acción tomar para proteger sus derechos; es deber de la entidades brindarle conocimiento claro y expreso acerca de sus derechos si se presenta una presunta vulneración en la prestación del servicio médico, y cuál es la forma de acceder a la justicia utilizando las rutas de información adecuadas en pro de la garantía de la protección.



Gráfica 1. Distribución de población encuestada en el H.U.S. por régimen de salud

Elaboración propia.

1. ¿Conoce usted cuales son los derechos como paciente?

SI__ NO_____

Tabla 1
Grado de conocimiento

GÉNERO	POBLACIÓN	CONOCE	%	NO CONOCE	%
FEMENINO	15	1	5	14	45
MASCULINO	15	0	0	16	50
TOTAL	30	1	5	30	95

Elaboración propia.

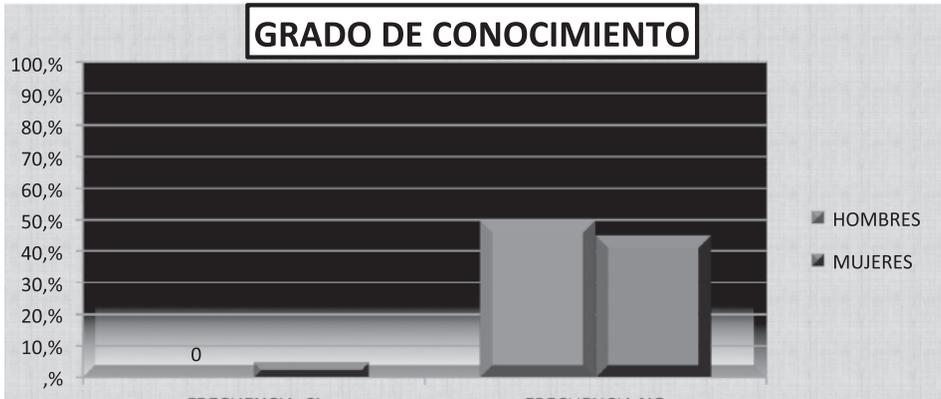


Gráfico 2. Grado de conocimiento.

Elaboración propia.

Grado de conocimiento: dentro del grupo aleatorio seleccionado se estimaron rangos de edades entre 20 y 50 años, encontramos como el 95% de la población en general no conoce los derechos del paciente, especificados así: 50% población masculina no tiene conocimiento. 50% población femenina, de los que el 5% solo conoce los derechos como paciente.

2. ¿Conoce usted como proteger sus derechos como paciente jurídicamente?

SI _____ NO _____

Tabla 2
Protección de los Derechos

GÉNERO	POBLACIÓN	CONOCE	%	NOCONOCE	%
FEMENINO	15	5	16.6	10	33.3
MASCULINO	15	6	20	9	30
TOTAL	30	1	5	30	95

Elaboración propia.

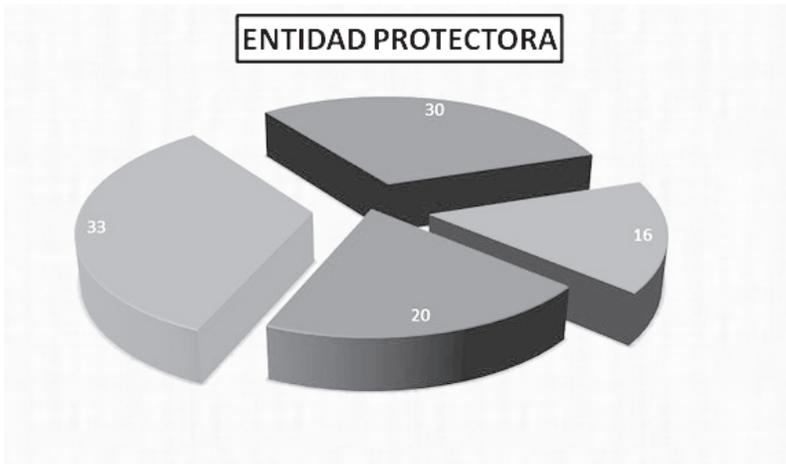


Gráfico 2. Protección de los Derechos

Elaboración propia

Protección de los derechos. En la población encuestada seleccionada aleatoriamente del Grupo de pacientes encuestados que acuden al H.U.S, se logró cuantificar así: en la población femenina de 15 encuestas, 10 contestaron no saber cómo proteger sus derechos como paciente, esto equivale al 33.33% del 50% de la aplicación encuesta, y cinco contestaron que si saben como proteger sus derechos como pacientes es decir el 16.66%.

En la población masculina el otro 50% encuestado se cuantifico así 9 contestaron no saber cómo proteger sus derechos es decir el 30% y 6 contestaron si saber cómo proteger sus derechos.

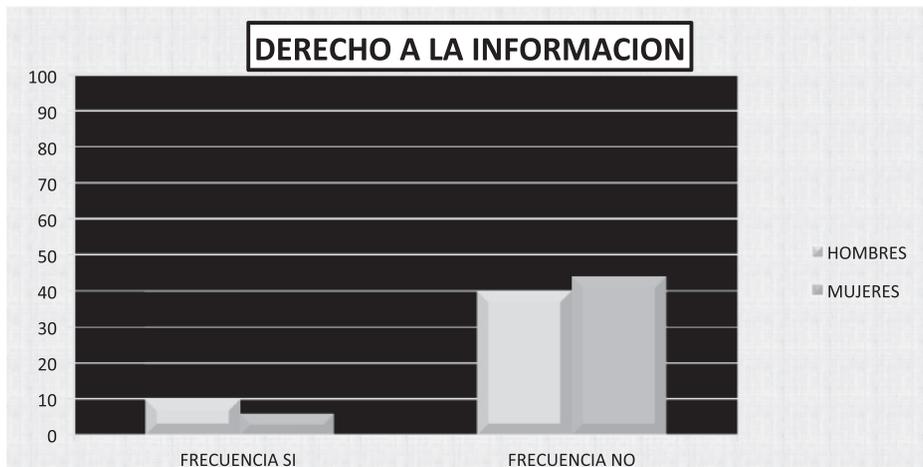
3. ¿En el H.U.S le han dado a conocer sus derechos como paciente en caso de una presunta falla medica?

SI _____ NO _____

Tabla 3
Derecho a la Información

GÉNERO	POBLACIÓN	CONOCE	%	NO CONOCE	%
FEMENINO	15	2	6.66	13	43.4
MASCULINO	15	3	10	12	40
TOTAL	30	5	16.66	25	83.4

Elaboración propia.



Gráfica 3. Derecho a la Información Elaboración Propia

Derecho a la información: En la población seleccionada aleatoriamente del grupo de pacientes investigados se cuantifico de la siguiente manera en la población femenina que constituye el 50% de los encuestados, es decir 15 para el caso 2 contestaron afirmativamente es decir 6.66%, y 13 contestaron negativamente 43.4%.

En la población restante del 50% es decir hombres de 15 solo 3 contestaron afirmativamente es decir el 10%, y 12 de manera negativa es decir el 40%.

4. **¿Alguna entidad le ha brindado información de cómo acceder a la justicia en caso de un daño causado por mala prestación en el servicio de salud?** SI _____ NO _____

Tabla 4
Acceso a la Justicia

GÉNERO	POBLACIÓN	CONOCE	%	NO CONOCE	%
FEMENINO	15	5	16.6	10	33.3
MASCULINO	15	6	20	9	30
TOTAL	30	11	36.7	19	63.3

Elaboración propia.

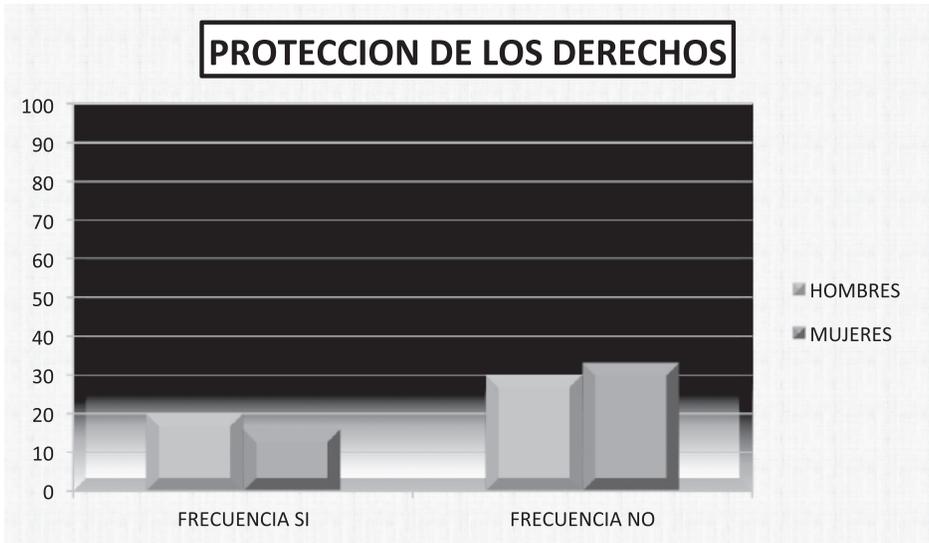


Gráfico 4. Acceso a la Justicia

Elaboración Propia.

Acceso a la justicia: dentro del grupo aleatorio seleccionado se estimaron rangos de edades entre 20 y 50 años, encontramos como el 50% de la población en general no conoce los derechos del paciente, especificados así: 50% población masculina no tiene conocimiento. 50% población femenina, de los que el 5% solo conoce los derechos como paciente.

5. ¿Sabe a qué entidad acudir en caso de presentarse una falla médica a usted o a algún familiar?

SI_____ NO_____

Tabla 5
Entidad Protectora

GÉNERO	POBLACIÓN	CONOCE	%	NO CONOCE	%
FEMENINO	15	5	16.6	10	33.3
MASCULINO	15	6	20	9	30
TOTAL	30	11	36.7	19	63.3

Elaboración propia

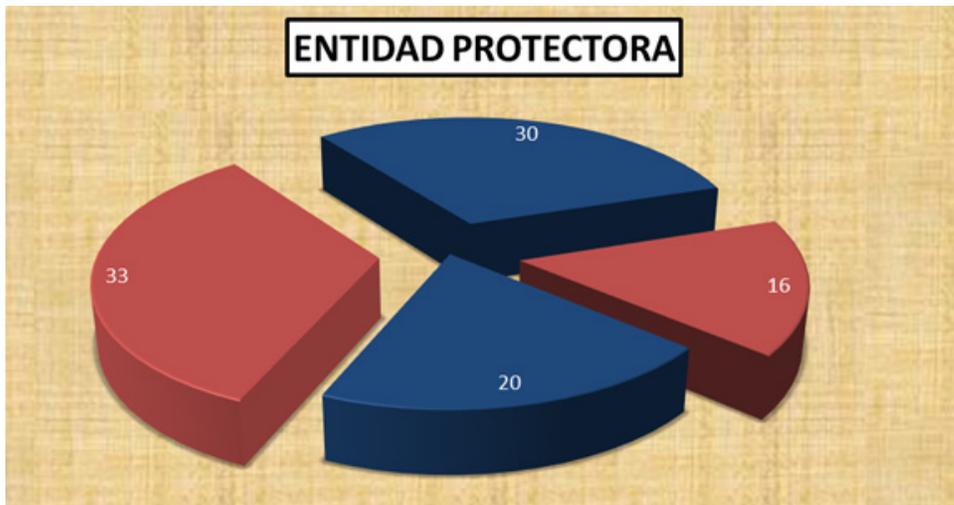


Gráfico 5. Entidad Protectora

Elaboración propia.

En la población de estudio seleccionada aleatoriamente se realizó la siguiente cuantificación: población femenina 15 en esta oportunidad contestaron afirmativamente a que entidad acudir 5 pacientes, es decir 16.66%,. 10 contestaron negativamente 34.6%.

Seguidamente en la población masculina, 15 en total, 12 contestaron no saber a qué entidad acudir es decir el 40%, en su defecto 3 pacientes contestaron afirmativamente es decir el 10%.

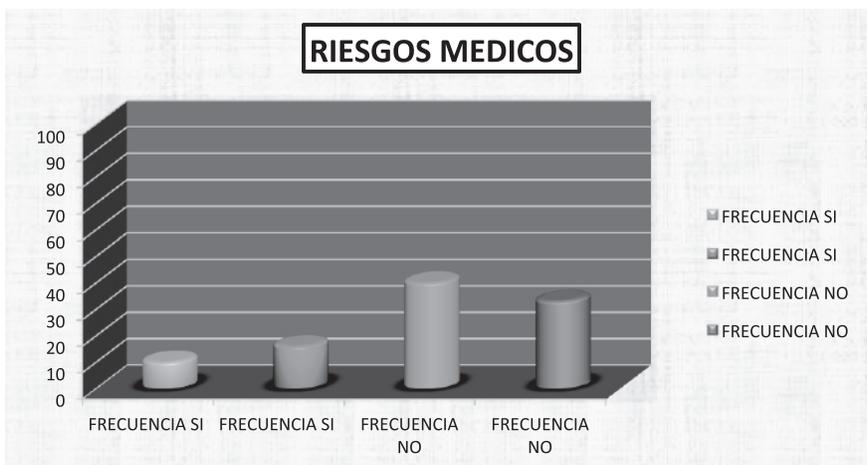
6. ¿Le han informado sobre los riesgos y sus derechos al momento de realizarle un procedimiento médico?

SI _____ NO _____

Tabla 6
Riesgos Médicos

GÉNERO	POBLACIÓN	CONOCE	%	NO CONOCE	%
FEMENINO	15	5	16.6	10	33.3
MASCULINO	15	3	10	12	40
TOTAL	30	1	5	30	95

Elaboración propia.



Gráfica 6. Riesgos Médicos

Elaboración propia.

Riesgos médicos: dentro del grupo aleatorio seleccionado en la investigación, la población total de 30 pacientes se cuantificó así: población masculina 15, el 40% contestó negativamente, es decir, 12 pacientes que manifiestan no tener información oportuna sobre los riesgos médicos; y el 10% contestó afirmativamente, es decir 3 pacientes.

Población femenina: 15, el 33% contestó negativamente a la pregunta sobre el derecho a la información sobre riesgos médicos, es decir, 10 pacientes. En su defecto el 16.6% contestó afirmativamente haber sido informado sobre riesgos médicos es decir 5.

7. ¿Ha conocido por parte de la Defensoría del Pueblo, información amplia como entidad Defensora del Paciente?

SI _____ NO _____

Tabla 7
Entidad defensora del paciente

GÉNERO	POBLACIÓN	CONOCE	%	NO CONOCE	%
FEMENINO	15	5	16.6	10	33.3
MASCULINO	15	3	10	12	40
TOTAL	30	1	5	30	95

Elaboración propia.

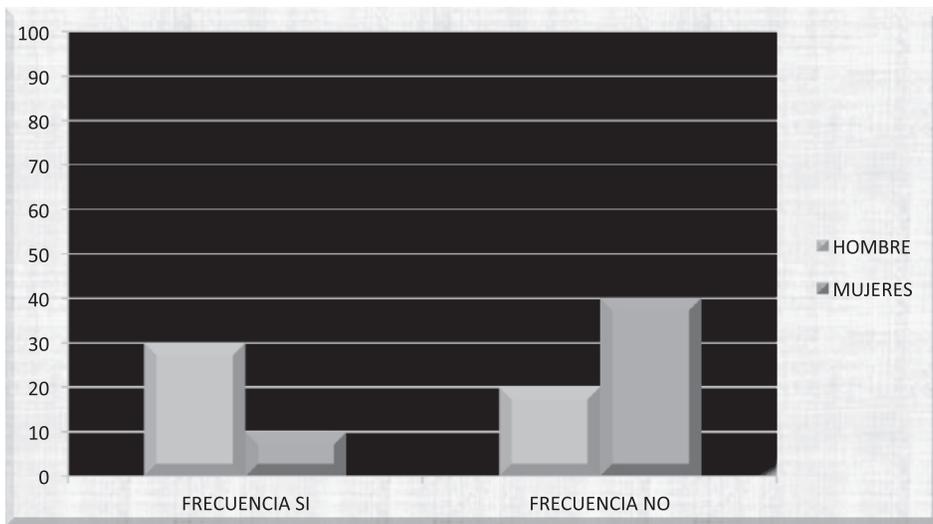


Gráfico 7. Entidad defensora del paciente

Elaboración propia.

Defensoría del pueblo. Dentro del grupo de pacientes que acuden al hospital universitario de Sincelejo seleccionamos aleatoriamente una población de 30 pacientes. A lo que respondieron a la pregunta y de manera cuantitativa señalamos así: población masculina: 15, a los que el 30% respondieron negativamente es decir 9 pacientes no tienen información en cuanto al papel protector de la entidad, por el contrario el 20% de la muestra tomada respondió afirmativamente.

Población femenina. 15, respondieron negativamente a la pregunta de esta muestra el 40%, es decir 12 pacientes en su defecto el 10% respondió afirmativamente es decir 3 pacientes.

Conclusión

Se ha logrado analizar que en relación a los mecanismos de información sobre las rutas de protección a los pacientes en caso de falla del servicio: estudio de caso hospital universitario de Sincelejo, año 2017, los integrantes del Sistema de Salud en Colombia, refiriéndonos a las E.P.S e I.P.S, y naturalmente, el personal médico se ha visto abocado a un sinnúmero de dificultades desde el orden administrativo, asistencial y económico que convergen jurídicamente con el derecho a la salud y mayormente con los derechos de los pacientes cuando en materia de responsabilidad médica

se trata, en tanto que las fallas en la prestación de los servicios médicos aumentan y notablemente se encuentra el desconocimiento que los usuarios del servicio médico tienen respecto a sus derechos y las acciones jurídicas correspondientes a emprender frente a estos determinados casos. Denotándose en primera instancia la ausencia del Estado en información de las rutas de protección que como garante de sus connacionales adolecen las entidades supletorias de la regulación dichas garantías. En segunda instancia el legislativo colombiano es áulico y deshumaniza el servicio de salud, cuando de reojo observa que el sistema colapsa cada vez más por la ineficacia de las normas reglamentarias que pululan sin cesar, en tanto que la institucionalidad no resuelve el principio de dignidad vulnerado en salud. En tercera instancia en esta conclusión definimos que los medios de control regido por el derecho administrativo como la reparación directa en nuestro caso, es la tabla de salvación en la que hay que seguir instituyendo de cara a los daños y perjuicios que comúnmente las instituciones de salud pública en nuestro país vienen infringiendo, volviéndose indolentes con la economía del Estado y del paciente precisamente, por la falta de vigilancia de las entidades y la irresponsabilidad médica y del sistema en cuanto a la salud se refiere.

La responsabilidad medica merece especial atención en el contexto actual pues ha suscitado un interés férreo por parte de los abogados en virtud de las circunstancias que rodean al paciente o a sus familiares cuando han denotado fallas en la prestación del servicio, error médico, algún tipo de culpa médica, negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia en el acto médico. Es por ello que a la luz del derecho, las demandas por responsabilidad médica son una situación actual, compleja y costosa, que concierne a los profesionales e instituciones de salud, a los pacientes y a sus allegados, a los legisladores, las autoridades judiciales entre otras. Son el eje principal del problema de la atención de la salud y la enfermedad: La seguridad del paciente amparada ésta en el sistema obligatorio de la garantía de la calidad en los servicios de salud con el Decreto ley 1011 de 2006.

Referencias

- Acosta, M., y Delk, C. (s.f.). Responsabilidad Medica: elementos, naturaleza y carga de la prueba. *Revista de Derecho Privado*.
- Arango Pérez, Juan Pablo, Avendaño Ayala Fabio, Martínez Quiñonez Iván. Demandas por Responsabilidad Médica Atendidas en el Centro De Estudios En Derecho Y Salud - CENDES- de la Univer-

- sididad CES. Medellín 2005 A 2009. Trabajo de Grado Para Optar al Título de Especialista en Valoración del Daño Corporal.
- Barona R. (2016). *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Editorial leyer.
- Bastidas, N. (2013). La mala práctica médica y los Derechos Humanos. *Razón y Palabra, revista electrónica en América Latina*, (81) Nov/2012-Ene/2013, s, p. 2.
- Bueres, J., y Zaffaroni, E.,(s.f.). *Responsabilidad Medica, Aspectos Civiles y Penales*. Edit. Temis – Hammurabi- Pontificia Universidad Javeriana. Colección Internacional N° 52
- Código General del Proceso (2012). Ley 1564 de 2012. Comentado por Miguel Enrique Rojas Gómez, edit. Escuela de Actualización Jurídica, segunda edición,2013.
- Código Sanitario Nacional (1991). Ley 42 de 1945: dispone la creación de la escuela superior de asuntos médico legales.
- Código Sanitario Nacional (1952). Ley 9 de 1952. Recuperado de https://www.disanejercito.mil.co/direccion_sanidad_ejercito_nacional/institucional/prensa_comunicaciones/parametrizacion/2129398
- Congreso de la Republica (2012). Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Congreso de la Republica (1993). Ley 100 de 1993: Sistema de seguridad social integral (SGSSS). Recuperado de https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Leyes/L0100_93.pdf
- Fernández, M. (2014). *La responsabilidad medica problemas actuales*. Biblioteca de tesis doctorales, Editorial Ibáñez. p. 519, 521, 522, 523,525.
- Guzmán, F, Delgadillo, E., y Rodríguez, G. (s.f.). Responsabilidad Médica. *Revista Sociedad Colombiana de Anestesiología y Reanimación – SCARE*.
- Guzmán, F (s.f.), Norma Jurídica y Acto Jurídico. Documentos Originales, *Revista Heraldico Medico*.
- Guzmán, F, Franco, E., Morales, M., y Mendoza, J. (1994). El Acto médico, implicaciones éticas y legales. *Revista Acta Médica Colombiana*, 19 (3) mayo-junio de 1994, comunicaciones y conceptos. <http://www.ces.edu.co/index.php/centros-de-servicio/cendes>

- Jaramillo, C. (2016). *Responsabilidad Civil Médica, la relación médico-paciente*. Edit. Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, colección de ensayos 2016, Segunda edición p. 60.
- Koteich, M.(2012). La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Editorial universidad externado de Colombia. Bogotá – Colombia.
- López, J. (2014). La garantía de los derechos humanos del paciente a través del derecho Constitucional, procesal constitucional y el derecho de daños. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 17(34) julio-diciembre, 2014, pp. 53-77. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia
- Matera, J. (2018). *Responsabilidad médica del estado*. Editorial Librería Jurídica Sánchez R 1, edición, p.p. 15,53, 45.
- Ministerio de Educación Nacional (MEN, 1962). Ley 14 de 1962. Normas relativas al ejercicio de la medicina. Recuperado de https://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-103807_archivo_pdf.pdf
- Ministerio de Educación Nacional (MEN, 1981). Ley 23 de 1981: Normas en Materia de Ética Médica. Recuperado de https://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-103905_archivo_pdf.pdf
- Ministerio de Salud y Protección Social (1990). Ley 10 de 1990: Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/LEY%200010%20DE%201990.pdf
- Ministerio de Salud y Protección Social (2006). Decreto 1022 de 2006: Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo /DECRETO%201011%20DE%202006.pdf
- Ministerio de Salud y Protección Social (2006). Ley 1122 de 2007: Sistema General de Seguridad Social en Salud. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/ley-1122-de-2007.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social (2013). Resolución número 1441 de 2013: procedimientos y condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar los servicios. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-1441-de-2013.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social (2015). Ley 1751 estatutaria de 2015 SOGC: derechos y deberes de las personas en relación con el

Mecanismos de información sobre las rutas de protección a los pacientes en caso de falla del servicio: estudio de caso hospital universitario de Sincelejo, año 2017

derecho fundamental a la salud. Recuperado de [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751 %20de% 202015.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf)

- Obando, B. (2016). *Bioderecho*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Recuperado de <https://lijursanchez.com/blog/bioderecho-con-santiago-obando/> p.27,28,32
- Solórzano, C. (2011). *Derecho penal y responsabilidad Médica en Colombia*. Ediciones nueva Jurídica, Univ. Católica, 1ª edición.
- Restrepo, N. (2015). *Tendencias de las demandas por responsabilidad médica radicadas en el Cendes entre 2010 y el 2014*. Universidad CES. Medellín.
- Rodríguez, L. (2015). Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis decimonovena edición 2015, pág. 363.
- Ruiz, W. (2004). La responsabilidad Médica en Colombia. *Criterio Jurídico Santiago de Cali*, 4, p. 197,200 ISSN 1657-3978.
- Ruiz, W. (2004). La responsabilidad Médica en Colombia. *Revista Criterio Jurídico Documental* 4, p.p. 195-216.
- Solano, J. (2016). Medios de Control Contencioso Administrativo. Ediciones Doctrina y Ley 2016, p.p. 30, 39, 144, 145
- Torres, L. (2016). Ensayo responsabilidad administrativa por falla en la prestación del servicio de salud. Especialización en Derecho Administrativo, UMNG, p.p. 13-21.
- Yepes, S. (2008). *La responsabilidad Civil Médica*. Biblioteca jurídica Dike edición 2008, p.p. 21, 36, 37, 43, 48, 49, 53, 55, 78,79.88,92.

LA CONCILIACIÓN EN MATERIA DE FAMILIA COMO FACTOR DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN DE CECAR, SINCELEJO, SUCRE, AÑOS 2016 A 2018

Gina Paola Arroyo Jaramillo¹
Daniela Montes Arrieta²
Luisa Fernanda Vásquez Cotera³

Resumen

La familia como base de la sociedad muchas veces enfrenta ciertos conflictos que pueden atentar contra la unidad, el respeto y la tolerancia que antes la caracterizaba, entonces se hace necesario lograr la solución de esas controversias sin obstáculos que compliquen los casos y es allí donde la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos les permite a los miembros de la familia la construcción de esa solución. Por otro lado, en el ejercicio conciliatorio es la conciliación en materia de familia la que con mayor frecuencia se presenta y es en las familias de escasos recursos donde los centros de conciliación gratuitos recobran gran importancia, pues les permiten acceder a la administración de justicia mediante un mecanismo caracterizado por la celeridad, la eficiencia, y la gratuidad. Se planteó en la presente investigación realizar un análisis sobre la conciliación en materia de familia como factor de acceso a la administración de justicia en el Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria del caribe CECAR, Sincelejo en los años 2016 a 2018, cuyas estadísticas demuestran que el Centro de Conciliación recibió un importante número de solicitudes, de las cuales la mayoría concluyeron en un acuerdo total sobre las

1 Especialista en Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Email: ginna.arroyoj@cecar.edu.co

2 Especialista en Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Email: daniela.daniela.montes@cecar.edu.co

3 Especialista en Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Email: luisa.vasquez@cecar.edu.co

La conciliación en materia de familia como factor de acceso a la administración de justicia en el centro de conciliación de cecar, Sincelejo, Sucre, años 2016 a 2018

pretensiones, que este servicio se prestó en un mínimo de tiempo y garantizando de manera oportuna los derechos de los solicitantes, especialmente los constitucionales de administración de justicia y debido proceso.

Palabras clave: Conciliación, Derecho de Familia, Administración de Justicia, Centros de Conciliación, Eficacia de la Conciliación, Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Abstract

The family as the basis of society often faces certain conflicts that can undermine the unity, respect and tolerance that once characterized it, so it is necessary to achieve the resolution of such disputes without obstacles that complicate the cases and it is there where conciliation as an alternative dispute resolution mechanism allows family members to build such a solution. On the other hand, in the conciliation exercise it is the family conciliation that most frequently occurs and it is in low-income families that free conciliation centres regain great importance, since they allow them access to the administration of justice through a mechanism characterized by celerity, efficiency and gratuity. It was proposed in the present research to conduct an analysis of family conciliation as a factor in access to the administration of justice at the Conciliation Center of the Caribbean University Corporation CECAR, Sincelejo in the years 2016 to 2018, whose statistics show that the Conciliation Center received a significant number of requests, most of which concluded in a total agreement on the claims, that this service was provided in a minimum of time and timely guaranteeing the rights of applicants, especially the constitutional rights of administration of justice and due process.

Keywords: Conciliation, Family law, administration of justice, conciliation centres, conciliation effectiveness, alternative dispute resolution mechanisms.

Introducción

Colombia fue el primer país en Latinoamérica en otorgar un rango constitucional a la conciliación y en legislar en dicha área, lo que fue un avance significativo, ya que hasta antes de la Constitución de 1991 sólo el Estado estaba facultado para administrar justicia, pero, con la promulgación

de la nueva Carta su artículo 116 estipuló que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad. Según lo establecido en la Constitución Política de, lo que desmonopolizó la administración de justicia. En 1998 se definió por conducto de la ley la conciliación, como “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”, de acuerdo a la Ley, definición que posteriormente fue incorporada por el Decreto 1818 de 1998, el cual regula los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Cabe recordar que la conciliación puede ser judicial o extrajudicial, de acuerdo a si se realiza o no dentro de un proceso judicial, en este trabajo se tratará la conciliación extrajudicial y específicamente en materia del derecho de familia, como una forma de disminuir la violencia, ya que los problemas familiares muchas veces son muy complicados y requieren una orientación más pacífica para mitigar la desunión familiar.

Partiendo de este contexto se estudiará la conciliación como figura jurídica y su incidencia en el acceso a la administración de justicia, dado que es imprescindible cultivar en la sociedad colombiana una cultura de diálogo para la resolución de sus conflictos y mitigar de esta forma el contexto violento donde la sociedad se ha visto inmerso durante siglos. Reiteradamente se ha mencionado por muchos doctrinantes nacionales que el sistema de administración de justicia está colapsado y que hay muchos casos que no ameritan activar todo el aparato judicial cuando pueden ser resueltos por otras figuras propias del derecho, una de dichas figuras es la conciliación, al contar nuestra facultad con un centro de conciliación se nos hizo relevante dar a conocer el trabajo de éste en la sociedad sincelejana, así como hacer un análisis de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflicto. Por otro lado, partiendo del hecho de que la sociedad colombiana y en particular la sucreña ha sido duramente golpeada por el conflicto armado interno, la cual ha dejado como consecuencias que el tejido social se haya fragmentado y marcado por la violencia, se hace ineludible el fomentar la aplicación de figuras que no coloquen a las partes en condición de contrincantes, donde resulta un ganador y un vencedor, sino en un plano de igualdad donde ambos a través del diálogo puedan resolver sus controversias sin la existencia de roles de ganadores y perdedores. Finalmente, resulta enriquecedor

para los estudiantes de derecho y abogados el apropiarse de esta figura jurídica para así lograr que no sea necesario acudir a instancias judiciales para llegar a la solución de los asuntos de familia, o lograr que una vez activado el aparato jurisdiccional se puedan para evacuar en la mayor brevedad posible los casos. Se ha planteado como objetivo general el Determinar la eficacia conciliación en materia de familia como factor de acceso a la administración de justicia en el centro de conciliación de CECAR, Sincelejo – Sucre durante los años 2016 a 2018, lo cual se desarrollara al conceptualizar y analizar los mecanismos alternativos de solución de conflictos como factor de acceso a la administración de justicia desde una perspectiva doctrinal, jurisprudencial y normativa, identificar a través del análisis estadístico la eficacia de la conciliación en materia de familia del Centro de Conciliación de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR en Sincelejo – Sucre y establecer el aporte de los centros de conciliación como factor de acceso a la administración de justicia.

La presente investigación busca dar a conocer la conciliación como un mecanismo alternativo de solución de conflicto y como una figura judicial creada por el legislador en el artículo 116 constitucional referente a los particulares investidos transitoriamente para administrar justicia ya que partiendo de que la justicia en el país es la sexta más lenta del mundo por lo cual el mismo legislador reconoció que los particulares pueden entrar a colaborar en la administración de justicia para así cumplir con el principio de eficiencia y celeridad que la misma Carta pregona, además, tiene como propósito analizar los índices de utilización y eficacia de la conciliación y siendo la conciliación gratuita en materia de familia en los consultorios jurídicos, le permite a personas de escasos recursos una verdadera entrada al acceso a la administración de justicia, con el fin de darle respuesta a la pregunta problema planteada ¿Cuál es la eficacia de la conciliación en materia de familia como factor de acceso a la administración de justicia en el centro de conciliación de CECAR, Sincelejo – Sucre durante los años 2016 a 2018?

Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos MASC

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos son una apuesta diferente a la justicia tradicional, es decir, una justicia alternativa, y que se adaptan a las necesidades de la sociedad, permitiendo una administración de justicia pronta, que no requiere la representación judicial de un abogado y que en el ámbito del posconflicto colombiano contiene figuras como la

conciliación que son mecanismos que optan por la resolución pacífica de las controversias.

Ahora, el tratamiento que se le da a nivel doctrinal, jurisprudencial y legal es realmente enriquecedor para estos. Muchos han sido los doctrinantes que se han expresado sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como lo es Becerra (2009), quien menciona que:

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos son una vía alterna a la justicia formal o procesal, eminentemente voluntaria, de impartir justicia de corte restaurativo, lo que genera un cambio en la concepción del derecho de acceso a la justicia, y con una finalidad más encaminada a beneficiar a las víctimas, aunado a los esfuerzos por parte de los entes estatales de administrar justicia de forma efectiva. (p.271)” (Cabana, G, 2017, p.8)

Entonces, partimos de comprender los MASC como una forma concomitante de administrar justicia, la forma tradicional en la que interviene el Estado o un tercero que era quien tomaba la decisión, representa precisamente una forma anticuada y violenta de solucionar los conflictos, de una perspectiva más autónoma, voluntaria y pacífica surgen estos mecanismos que tienen como finalidad permitir que los implicados en un conflicto conversen y converjan una solución, a la vez que van disminuyendo la carga del Estado en la administración de justicia.

Por su parte, el Centro de Conciliación y Consultorio Jurídico de la Universidad Cooperativa de Colombia pregona que los MASC son posibilidades que tienen las personas en conflicto para solucionar las controversias sin intermediación de un juez o un proceso judicial, por lo cual, consagran una manera más ágil, amistosa, sencilla, eficaz y eficiente de resolver los conflictos con plenos efectos legales. Además, resalta el papel del conciliador como un tercero capacitado para llevar el diálogo, para crear la atmósfera donde las partes puedan discutir sus puntos de vista y proponer soluciones.

Centrándose en la conciliación, expresa que es “mecanismo de solución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.” Podemos observar que las diferencias conceptuales no son muchas, pues es la práctica y la regulación legal de cada mecanismo la que los diferencian

sustancialmente. Doctrinariamente, se puede concluir que los MASC son una alternativa a la justicia formal y tradicional, a los cuales pueden acceder todas las personas para buscar una solución amistosa donde no existan ganadores o vencedores, sino un desenlace dado en el punto medio de dicha controversia. Las partes que hacen uso de estos mecanismos poseen una amplia gama de posibilidades para resolver los puros en enfrentamiento de forma expedita y eficaz.

La Corte Constitucional en su vasta jurisprudencia ha plasmado la importancia que tienen los MASC en la solución de los conflictos que se presentan entre particulares, resumiéndolos así: “i) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial, conforme lo establecido en la Sentencia Constitucional de 2013. Partiendo de lo anterior, la Corte resalta que la Conciliación en particular es un mecanismo que permite a las personas acceder a la administración de justicia, pero, no solo como parte en la cual busca dirimir sus conflictos jurídicos, sino también cuando funge como conciliador.

Por otro lado, se ha reconocido que los MASC, especialmente la conciliación, plantean un mecanismo de autocomposición que permite resolver las controversias con agilidad y con costos inferiores a la justicia tradicional y formal, por lo anterior, promueve la convivencia pacífica, respetando el debido proceso, reduciendo las dilaciones injustificadas en el proceso de solución y hace más efectiva la administración de justicia como servicio público.

Hemos hablado mucho de administración de justicia, pero alcanzamos a entender ¿qué es? La misma Corte Constitucional ha reiterado que es un derecho fundamental que se relaciona directamente con el derecho al debido proceso, y que comprende los medios idóneos y efectivos para la protección de los derechos y obligaciones. Igualmente, plantea que el tiempo de resolución de los conflictos debe ser prudente para evitar la violación de otros derechos de las personas, y, principalmente, debe garantizar que existan mecanismos que proporcionen una real administración de justicia especialmente a las partes pobres que no pueden costear el acceso a la justicia formal, es aquí cuando los MASC se consolidan como una verdadera oferta de justicia, una respuesta operativa y efectiva para asegurar ese derecho.

Se ha avalado que la constitucionalidad de los MASC recae sobre el deber del Estado y los particulares de contribuir al mantenimiento de la paz social, así como también busca hacer realidad los principios y valores que el ordenamiento jurídico y el Estado Social de Derecho pregonan, entre esos, la paz, la tranquilidad, el orden justo y la armonía de las relaciones sociales. En este sentido se ha reiterado que <para la Corte es claro que esas metas se hacen realidad no sólo mediante el pronunciamiento formal y definitivo de un juez de la República, sino que asimismo es posible lograrlo acudiendo a la amigable composición o a la intervención de un tercero que no hace parte de la rama judicial. Se trata, pues, de la implementación de las denominadas “alternativas para la resolución de los conflictos”, conforme lo establecido en la Sentencia Constitucional de 2016, pues la finalidad de la justicia formal y de estos mecanismos es llegar a una solución a las diferencias que se suscitan entre los particulares, siendo los mecanismos una respuesta más pacífica y menos compleja.

Finalmente, se reconoce que los MASC constituyen un instrumento importante para la descongestión de los despachos judiciales y la efectiva administración de justicia.

No existe una norma que regule todos los mecanismos alternativos de solución de conflictos, sino que en distintas leyes se han estipulado las disposiciones referentes a cada mecanismo. Es así como la amigable composición y el arbitraje son regulados en la ley 1563 de 2012, definiendo:

Arbitraje: artículo 1.- es el mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes trasladan a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. Mientras la amigable composición: artículo 59.- es el mecanismo por medio del cual, dos o más particulares, éstos y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

La mediación por otra parte, se encuentra regulada en el Código de Procedimiento Civil y en las sentencias C-381 de 1996 y C1195 de 2001 de la Corte Constitucional, y se define como el mecanismo donde un tercero neutral, particular o servidor público designado ya

sea por el Fiscal General de la Nación o su delegado busca permitir un intercambio de opiniones entre la víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su intervención, logren solucionar el conflicto que les enfrenta. La conciliación se encuentra regulada por la Ley 640 de 2001, sin embargo, esta ley no la define como MASC, pero si regula la aplicación de dicha figura a la vez que la clasifica en judicial o extrajudicial, dependiendo si se realiza dentro del marco de un proceso judicial o no. Es esta misma ley la que en su artículo 11 plasma la existencia de los centros de conciliación en consultorios jurídicos de facultades de derecho, donde se admiten a los estudiantes de derecho como conciliadores cuando los asuntos sean de cuantías de competencia de los consultorios jurídicos o como auxiliares de los abogados que funjan como conciliadores cuando la cuantía sea superior a la estipulada para consultorios jurídicos, es así como se observa que la conciliación, y los MASC tienen su asidero en la ley, que permite una mejor aplicación de las figuras.

La eficacia de la conciliación en materia de familia del Centro de Conciliación de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR en Sincelejo

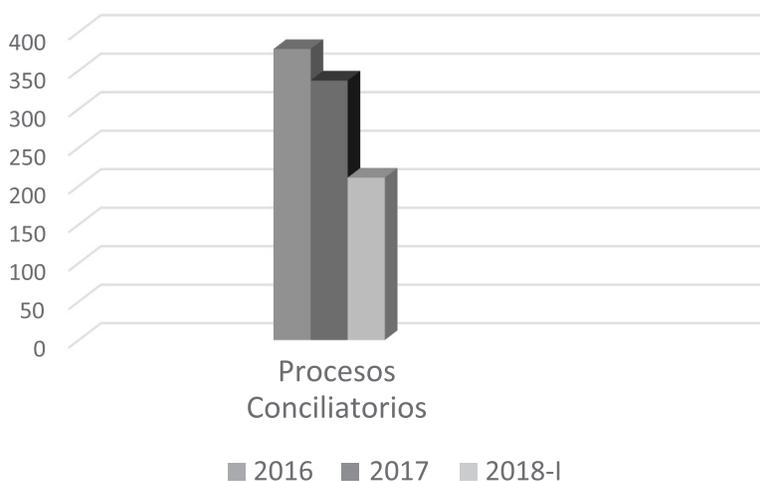
Inicialmente, cabe rescatar que la conciliación ha sido reconocida por su importancia en la construcción de soluciones pacíficas, así como ha permitido a los particulares encontrar una respuesta rápida, económica, justa, eficaz y sin dejar perdedores entre las partes cuando se presentan conflictos, y es que la familia como institución base de la sociedad se encuentra con controversias propias que sólo se presentan al interior de ésta, como lo son los alimentos, las sociedades conyugales y patrimoniales, la custodia de los hijos y su respectivo régimen de visitas, entre otras, donde la conciliación puede ofrecer a las partes la construcción de una solución.

La conciliación fue definida por la Ley 446 de 1998 en su artículo 64, clasificándola como un “mecanismo de resolución de conflictos donde dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado llamado conciliador.” Además de los interesados en el enfrentamiento, citante y citado, interviene un tercero capacitado que es el conciliador, éste solo es un guía de las partes, una persona que puede proponer fórmulas de arreglo para que los interesados avancen en la construcción de su solución, también, es vigía para que el

diálogo sea constructivo y el encargado de plasmar los acuerdos a los que se haya llegado en el acta de conciliación.

Ahora bien, ese tercero imparcial, por disposición de la Ley 640 de 2001, puede ser un estudiante de derecho adscrito al centro de conciliación de una facultad de derecho. Estos centros de conciliación tienen la finalidad de promover el acceso a la administración de justicia y son un servicio que las universidades ofrecen a la población de menos recursos. La Corporación Universitaria del caribe CECAR en su Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho cuenta con una dependencia que es el Centro de Conciliación que tiene como misión crear y fortalecer la consciencia democrática y tolerante para el desarrollo de una comunidad justa y equitativa. Desde 2016 el Centro de Conciliación ha realizado 926 procesos conciliatorios, de los cuales 606 han sido en materia de familia.

Centro de Conciliación CECAR

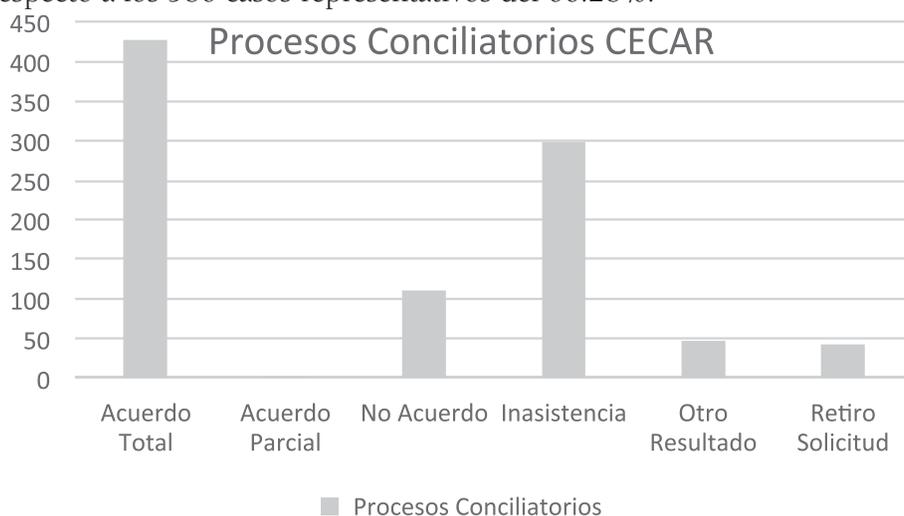


Gráfica 1. *Procesos Conciliatorios del Centro de Conciliación CECAR 2016-2018.*

Creación propia. Fuente Centro de Conciliación – CECAR (Año 2018)

De los 926 procesos que se presentaron, 428 lograron llegar a un acuerdo total, mientras que sólo 110 no llegaron a ningún acuerdo y 1 realizó acuerdo parcial. Igualmente, se expidieron 298 constancias de no asistencia de alguna de las partes y 47 con un resultado distinto; 42 de las solicitudes fueron retiradas.

Observándose una mayor proporción en los casos donde las partes llegan a un acuerdo respecto a los casos donde no. Además, se observa que la inasistencia a la audiencia de conciliación es frecuente, lo que no representa un porcentaje significativo frente al número de casos donde las personas sí se someten al proceso conciliatorio, lleguen o no a una solución, ya que son 298 casos de inasistencia, es decir, un 33.71%, respecto a los 586 casos representativos del 66.28%.



Gráfica 2. Resultado Procesos Conciliatorios del Centro de Conciliación - CECAR

Creación propia. Fuente Centro de Conciliación – CECAR (Año 2018)

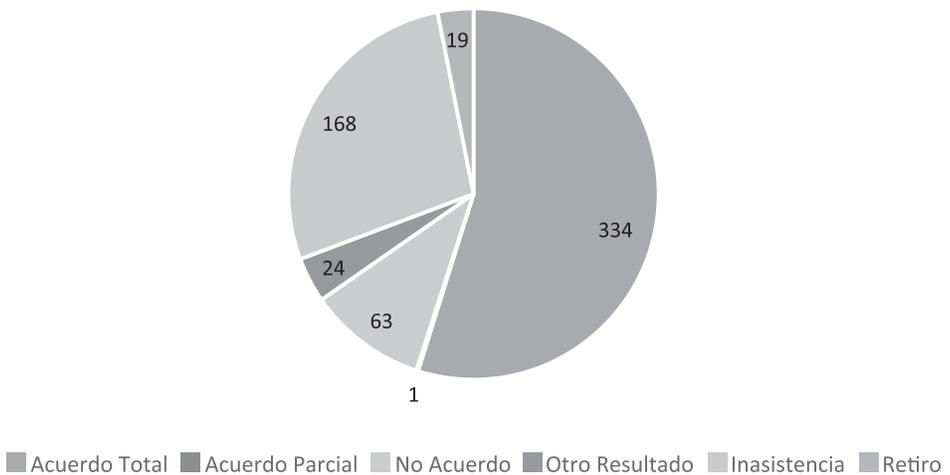
De los 926 procesos conciliatorios se refleja que 609 son en materia de familia, es decir, que las conciliaciones en esta área representan el 65.9% del total. Esto se debe en medida a que son personas de escasos recursos quienes acceden a los servicios del centro, solicitando muchas veces la protección de los derechos de sus hijos, como los alimentos y las visitas de los padres, igualmente, porque la justicia formal requiere una inversión monetaria importante para que se de la administración de justicia, los costos del abogado, los trámites y demás son elevados frente a la condición socioeconómica de estas familias, además, se requiere que sea expedita, pronta, y la congestión judicial en el país no garantiza que sea resuelto un asunto en un mínimo de tiempo, como sí lo permite la conciliación, pues son las mismas partes las que deciden.

En los 609 procesos conciliatorios en materia de familia, 334 lograron un acuerdo total, mientras que 63 no conciliaron y 1 realizó un acuerdo parcial. Así mismo, fueron 168 los casos de inasistencia, 24 los

resultados diferentes y 19 los que retiraron la solicitud. Es decir, que un 56.61% de los casos expuestos en el Centro de Conciliación llegaron a un acuerdo sobre todas las pretensiones; un 10.67% no lograron construir una solución; el 4.06% llegó a un resultado distinto y el 0.16% realizó una conciliación parcial respecto a las pretensiones.

En cuanto a la inasistencia de alguna de las partes, representa un 28.47% de los procesos, mientras que el retiro de la solicitud de conciliación es del 3.22%, siendo mínimos los casos donde se desiste de iniciar el proceso de conciliación.

Procesos Conciliatorios en Familia



Gráfica 3. *Procesos Conciliatorios en Familia.*

Creación propia. Fuente Centro de Conciliación – CECAR (Año 2018).

Se puede observar que el Centro de Conciliación ha llevado en su mayoría procesos conciliatorios satisfactorios, donde las partes han encontrado soluciones en derecho de forma gratuita, ágil y eficaz. De esta manera, la corporación ha promovido el uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ha administrado justicia de forma transitoria teniendo como base la comunicación, influyó en la descongestión de los despachos judiciales del distrito judicial, fomenta la resolución pacífica de las controversias, ejerce de forma transitoria una función jurisdiccional y ha contribuido a la convivencia pacífica entre los ciudadanos de la región.

Aporte de los centros de conciliación como factor de acceso a la administración de justicia

El acceso administración de justicia se ha reconocido por la jurisprudencia colombiana como la posibilidad que tienen las personas de solicitar que un juez competente proteja sus derechos, además, este derecho también contempla la oportunidad de acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflicto para dirimir las diferencias que se les presenten a los particulares. Esta doble concepción del derecho a la administración de justicia parte del supuesto de que tanto el Estado a través de sus jueces, como los funcionarios de los MASC, son muestras de “procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones”, y al estar el Estado obligado a promover este tipo de espacios que permitan la protección de dicho derecho constitucional, se facultó a las facultades de derecho para contar con un centro de conciliación adscrito a su consultorio jurídico, con el fin de lograr una garantía efectiva de acceso a la administración de justicia y en la búsqueda la realización máxima de este derecho.

La obligación legal de las universidades de establecer centros de conciliación tiene un doble matiz, por un lado, permite a los estudiantes de las facultades de derecho capacitarse en MASC y de practicar el rol de conciliador; así como también tiene la finalidad de que las universidades presten el servicio de forma gratuita, lo que incluye un enfoque diferencial donde a las personas de escasos recursos se les está constituyendo espacios idóneos para la protección de su derecho a la administración de justicia, es por eso que la población a la cual se dirigen estos centros son las de escasos recursos.

Partiendo del trabajo de campo y de la revisión teórica del derecho al acceso a la administración de justicia por parte de los centros de conciliación de las universidades, se observó que:

1. El componente de gratuidad de estos centros de conciliación ha permitido que un mayor número de personas puedan acceder a la administración de justicia, especialmente la población de menores recursos, permitiéndoles el goce efectivo de sus derechos. Esta es una de las políticas públicas que ha tenido en cuenta el estado de vulnerabilidad de esta población y se ha enfocado en suplir en cierta medida el déficit de acceso a la justicia formal a través de unos mecanismos sencillos y eficaces.
2. Permite la participación de los afectados en la construcción de la solución, pues son los mismos interesados los que llegan a

un acuerdo o deciden si acogen las propuestas del conciliador o no, es decir, siempre es la voluntad de las partes la que determinará el resultado de la conciliación.

3. Fomenta la convivencia pacífica al promover un mecanismo amistoso donde las partes a través del diálogo dirimen sus diferencias, lo cual en el contexto violento en el que ha estado sumido Colombia es un gran avance hacia la reconstrucción del tejido social y la propagación de una sociedad en paz.
4. Ha permitido a las personas acceder de forma ágil y eficaz a un medio de resolución de sus conflictos, ya que en comparación con la justicia formal, los MASC son un apuesta a la rapidez, ya que mientras medie la voluntad de las partes, la solución es pronta y oportuna.
5. Tiene consecuencias judiciales en caso de incumplimiento, pues si alguna de las partes incumple con los acuerdos pactados, la parte afectada puede dirigirse a la justicia formal para hacer valer el contenido del acta de conciliación.
6. Por último, ha permitido descongestionar el aparato de justicia, ya sea por su uso de forma independiente o como un requisito de procedibilidad para ingresar a un proceso judicial, el cual ha sostenido la Corte es un fin legítimo ya que el “sistema judicial está al borde del colapso por el gran número de procesos que impide su pronta resolución a pesar de la actividad de los jueces.” Lo que incide de manera directa en la efectividad del servicio público de administración de justicia.

Conclusión

Finalmente, a través del estudios de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, el trabajo del centro de conciliación de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR, y los aportes que la conciliación ha realizado, se puede determinar que el trabajo de conciliación en derecho de familia como medio alterno de solución de controversias de este centro ha contribuido a que las personas del círculo de Sincelejo accedan a la administración de justicia contribuyendo a la descongestión de esta sede judicial.

Ultimando, las estadísticas demuestran que durante los años 2016 a 2018 el centro de conciliación recibió importante número de solicitudes, de las cuales la mayoría concluyeron en un acuerdo

total sobre las pretensiones, que este servicio se prestó en un mínimo de tiempo y garantizando de manera oportuna los derechos de los solicitantes, especialmente los constitucionales de administración de justicia y debido proceso. Por otra parte, es el derecho de familia el que más presenta solicitudes para procesos conciliatorios, lo cual radica en parte en las condiciones socioeconómicas de la población a la que se dirige este servicio.

Es de resaltar la labor realizada por el centro de conciliación de la Corporación, que demuestra el compromiso social que tiene con la comunidad sincelejana y sucreña, así como con el cumplimiento de los deberes legales que se le han asignado, siendo la promoción y fomento de la conciliación una herramienta para la construcción de paz social, para la protección de los derechos de las personas y para la capacitación idónea de sus estudiantes de derecho.

Referencias

- Cabana, M. A. (20 de SEPTIEMBRE de 2017). *DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS EN COLOMBIA: ACERCA DE SU ALCANCE Y DESARROLLO PARA SU IMPLEMENTACION EN LOS MUNICIPIOS DE POST-CONFLICTO*. Obtenido de UNIVERSIDAD CATÓLICA: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14606/1/DE%20LOS%20MECANISMOS%20ALTERNATIVOS%20DE%20SOLUCION%20DE%20CONFLICTOS%20EN%20COLOMBIA%20%281%29.pdf>
- CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, LEY 1564 (CONGRESO DE LA REPÚBLICA 12 de JULIO de 2012).
- COLOMBIA, U. C. (2 de OCTUBRE de 2018). *Centro de Conciliación y Consultorio Jurídico*. Obtenido de Centro de Conciliación y Consultorio Jurídico: <https://www.ucc.edu.co/arauca/Paginas/centro-de-conciliacion-y-consultorio-juridico.aspx>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 1991 (ASAMBLEA CONSTITUYENTE 20 de JULIO de 1991).

Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Ley 1563 de 2012 (CONGRESO DE LA REPÚBLICA 12 de JULIO de 2012).

ESTATUTODELOSMECANISMOSALTERNATIVOSDESOLUCIÓNDECONFLICTOS, DECRETO 1818 (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO 7 de SEPTIEMBRE de 1998).

LEY, 446 (CONGRESO DE LA REPÚBLICA 7 de JULIO de 1998).

LEYSOBRELA CONCILIACIÓN, LEY 640 (CONGRESO DE LA REPÚBLICA 5 de ENERO de 2001).

Sentencia Constitucional, Sentencia C-222 (CORTE CONSTITUCIONAL 2013).

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia C-404 de 2016 (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA 2016).

SENTENCIA DE TUTELA, T-1044 (CORTE CONSTITUCIONAL 22 de OCTUBRE de 2004).

PROCEDENCIA LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS DE TUTELA DE CONFORMIDAD CON LA SENTENCIA SU- 627 DEL 2015 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

Mónica Vega Hernández¹
Norly Villegas Peña²

Resumen

La acción de tutela es considerada hoy día como una de las mayores innovaciones constitucionales a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, siendo una de las herramientas jurídicas más utilizada y con mayor incidencia en todos los aspectos de la vida social y política del país. Por tal motivo, es necesario evaluar aquellos casos en los cuales se ha admitido su procedencia, y de forma específica, aquellos casos en los cuales se admite la procedencia excepcional de esta figura contra sentencias de tutela. El objeto central de este proyecto de grado es determinar si de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional es procedente la interposición de la acción de tutela contra sentencias de tutela, con el fin de salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso. Esta investigación es de tipo descriptiva con enfoque cualitativo, y se utilizó como método el inductivo para analizar las posiciones doctrinales y jurisprudenciales frente al tema planteado. Se obtuvo como conclusión que, de acuerdo con la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional es procedente la interposición de la acción de tutela contra sentencias de tutela, con el fin de salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso en los eventos de violaciones graves al debido proceso y las derivadas de la cosa juzgada fraudulenta cuando ella se advirtiera en el fallo de tutela demandado. Así, se han fijado reglas formales de procedencia excepcional de la solicitud de amparo

1 Especialista en Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, Abogada. monica.vega@cecar.edu.co

2 Especialista en Procesal Civil de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR, Abogada norly.villegas@hotmail.com

en contra de providencias judiciales de tutela, cuando se advierta la cosa juzgada fraudulenta, en cumplimiento de ciertos requisitos y sobre las actuaciones propias del trámite tutelar.

Palabras clave: Tutela, cosa juzgada, debido proceso, cosa juzgada fraudulenta.

Abstract

The action of guardianship is considered to be today one of the major constitutional innovations from the entry in force of the Political Constitution of 1991, being one of the juridical tools more used and with major incident in all the aspects of the social life and politics of the country. For such a motive, it is necessary to evaluate those cases into which his origin has been admitted, and of specific form, those cases into which is admitted the exceptional origin of this figure against judgments of guardianship. The central object of this project of degree is to determine if in agreement with the jurisprudence of the Constitutional Court there is proceeding the interposition of the action of guardianship against judgments of guardianship, in order to safeguard the fundamental right to the due process. This investigation is of type descriptive with qualitative approach, and the inductive one was in use as method for analyzing the doctrinal and jurisprudential positions opposite to the raised topic. There was obtained as conclusion that, in agreement with the current jurisprudence of the Constitutional Court there is proceeding the interposition of the action of guardianship against judgments of guardianship, in order to safeguard the fundamental right to the due process in the events of serious violations to the due process and the derivatives of the thing judged fraudulent when she was becoming aware in the failure of guardianship demanded. This way, there have been fixed formal rules of exceptional origin of the request of protection in opposition to judicial decisions of guardianship, when one warns the thing judged fraudulent, in fulfillment of certain requirements and on the own actions of the tutelary step.

Keywords: Guardianship, judged thing, owed process, thing judged fraudulent.

Introducción

Este estudio pretende determinar si de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional es procedente la interposición de la acción de tutela contra sentencias de Tutela, con el fin de salvaguardar el debido proceso. Para ello se realiza un análisis de enfoque cualitativo, de carácter descriptivo y causal en tanto se realiza un examen crítico de la postura de la Corte Constitucional orientada a expandir el criterio fijado por esa misma corporación. Se utilizó como método el inductivo, pues en esta resulta necesario partir de situaciones particulares, tal como es el caso de las generalidades y regulación de la acción de tutela, con el propósito de que posteriormente se logre establecer un análisis general de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra sentencias de la misma clase. Logrando así obtener resultados satisfactorios.

Para alcanzar el objetivo planteado, se procedió en primera medida a describir las características y procedencia general de la acción de tutela, especialmente en contra de providencias judiciales. Posteriormente se analizó la jurisprudencia de la Corte Constitucional que frente a ese tema esta corporación ha emitido; se dividió el estudio en cuatro fases a saber, por un lado, una primera etapa conformada por el fallo SU- 1219 de 2001 y las sentencias que conforme a ese precedente se expidieron; por otro lado, una segunda fase conformada por las sentencias T-218 de 2013 y SU- 627 de 2015 por las cuales el Tribunal constitucional dio vía libre para la procedencia de la tutela contra tutela. Luego se analizaron las condiciones bajo las cuales la corporación constitucional fijo la procedencia de la tutela contra tutela y finalmente se procedió con el análisis crítico de la postura.

Esta investigación se justifica ya que la misma permitirá a los estudiantes de las facultades de derecho del país profundizar en el estudio del mecanismo de protección más importante a nivel constitucional, como lo es la acción de tutela y como el ejercicio de esta herramienta de amparo puede resultar limitada cuando se busque la protección del derecho fundamental al debido proceso vulnerado con ocasión de una sentencia de tutela. Así mismo, la crítica realizada permitirá proponer nuevas formas de garantizar el debido proceso conculcado por una sentencia de tutela, para así enriquecer el debate académico y jurídico en relación con el tema bajo estudio.

En virtud, del artículo 86 de la Constitución Política de 1991, la acción de tutela es uno de los mecanismos más importantes en materia de defensa de los derechos fundamentales en Colombia, siendo una

de las herramientas jurídicas más utilizada y con mayor incidencia en todos los aspectos de la vida social y política del país. En efecto, de acuerdo con el citado artículo la acción de tutela se puede definir como una acción subsidiaria, residual y autónoma, dirigida a permitir el control constitucional de las acciones de las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares, la cual puede ser interpuesta por cualquier persona que considere conculcados sus derechos fundamentales con el fin de evitar un perjuicio grave o irremediable, siempre que no exista otro medio de defensa para lograr tal fin.

Sin embargo, este tema no ha sido del todo pacífico, en la medida que, la procedencia de este mecanismo procesal ha suscitado diversos conflictos en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, específicamente en lo que respecta a la procedencia o no de la acción de tutela contra sentencias de tutela. Al respecto, si bien la Corte Constitucional ha tratado de unificar jurisprudencia en torno a este tema, la misma ha sido objeto de múltiples cambios en los últimos años. Situación que no ha permitido consolidar y determinar los casos o circunstancias en los cuales procede o no la acción de tutela contra fallos de la misma naturaleza. Ejemplo de ello, lo constituye en un primer momento, la Sentencia SU-1219 de 2001, mediante la cual, la Corte Constitucional precisó de forma clara la improcedencia de la acción constitucional de amparo contra sentencias de tutela, en la medida que la constitución colombiana dispuso “ las etapas básicas del procedimiento de tutela y previó que los errores de los jueces o inclusive las interpretaciones de los derechos constitucionales, siempre pudieran ser conocidos y corregidos por un órgano creado por él -para este caso- la Corte Constitucional, y por un medio establecido por él, el mecanismo de revisión” (Gómez, 2014).

Como argumentos de su negativa, precisó que, de permitirse la procedencia excepcional de una nueva tutela, se prolongaría indefinidamente el conflicto, ocasionando con ello el colapso del sistema de justicia, además, de generar una violación directa a la seguridad jurídica y a los derechos fundamentales que buscan ser protegidos. Ahora bien:

si bien este sería un problema real que se evitaría con la posición adoptada por la Corte, vale la pena anotar que este argumento es un retroceso a la postura acogida por la Corporación en materia de vía de hecho. En la medida que la Corte ya ha sostenido en reiterada jurisprudencia que, cuando existe una vía de hecho y hay necesidad de reconocerla a

través de tutela, la protección del derecho fundamental al debido proceso prevalece sobre la seguridad jurídica de una sentencia en firme. Por lo tanto, ante la existencia de una vía de hecho este derecho fundamental se garantiza con la protección a través de la tutela y no con el respeto del criterio restringido de cosa juzgada. (Cuéllar, 2002, pág. 164)

Sin embargo, en concordancia con lo dispuesto por López Cuéllar (2002) estas solas circunstancias no deberían considerarse como argumentos definitivos que limiten la posibilidad de interponer una acción de tutela contra una sentencia de tutela, toda vez que, si bien el mecanismo de selección para revisión realizado por la Corte, fue creado como una herramienta discrecional, con el fin de subsanar los errores de los jueces de instancia, constituyéndose así, como el mecanismo de cierre en materia de tutela; no puede obviarse el hecho que, debido a la naturaleza discrecional de esta figura y a la gran cantidad de acciones de tutela que ingresan diariamente a este órgano, imposibilita el acceso de todos los casos a esta etapa.

Frente a esta situación, si bien es cierto según la opinión mayoritaria de la Corte, la cosa juzgada constitucional en materia de tutela, opera una vez es decidido el caso por la sala de revisión, si el caso fue seleccionado, o una vez precluida la oportunidad para insistir en la revisión, en caso contrario, sería errado afirmar que el proceso de selección para revisión sea catalogado como un mecanismo de cierre, dado su naturaleza discrecional e imperfecta. Así las cosas, el hecho de que la Corte Constitucional pueda seleccionar los casos en los cuales se haya configurado vulneraciones de derechos fundamentales, ello no implica que este organismo este en la obligación de hacerlo, dada la naturaleza discrecional de la figura de revisión. Ocasionando con ello, una posible perpetuación en la vulneración de los derechos fundamentales de aquellos casos que no fueron seleccionados para revisión por parte de este organismo.

En ese orden, catalogar la revisión como un mecanismo de cierre en materia de tutela, implicaría desconocer y desproteger los derechos fundamentales de aquellos casos que no fueron seleccionados para tal fin. Por lo tanto, es importante entrar a analizar si esa categoría de órgano de cierre es aplicable en términos genéricos o absolutos, es decir, si se debe aplicar solo frente a las sentencias seleccionadas y falladas o frente a todas las sentencias que llegan a la Corte Constitucional para su eventual revisión. En efecto, los casos no seleccionados para revisión

si hacen tránsito a cosa juzgada pero no constitucional, en la medida que, si llega a existir una vía de hecho en un caso no seleccionado, no se estaría frente a una cosa real sino aparente, haciendo admisible la interposición de una acción de tutela para subsanar la actuación vulneradora del derecho fundamental al debido proceso no subsanada en sede de revisión. En efecto,

Cuando se declara una vía de hecho no se agrega una instancia más, sino que se revisa si las instancias existentes deben o no permanecer incólumes; por eso la parte resolutive de la tutela por vía de hecho no revoca el fallo, sino lo deja sin efectos. Desde ese punto de vista, la doctrina de la vía de hecho no contraría la cosa juzgada y no se configura como una nueva instancia (pág. 162).

Cabe precisar que, actualmente la Corte Constitucional con la sentencia SU-627 de 2015, abrió la posibilidad de interponer el mecanismo de amparo constitucional contra una sentencia de tutela, en aquellos casos donde se configure el fenómeno de cosa juzgada fraudulenta. Sin embargo, señaló que esta solo procede de manera excepcional siempre que la sentencia de tutela haya sido proferida por un juez o tribunal distinto a la Corte Constitucional. Es claro entonces que, esta Corporación reiteró su posición frente a la improcedencia de la acción de tutela contra una sentencia de la misma clase, bajo los mismos argumentos expuestos en la sentencia antes citada –SU 1219 de 2001–, dejando de lado el análisis de aspectos de gran relevancia, como el hecho de que el mecanismo de revisión creado por la constitución no se puede traducir como “el órgano de cierre en materia de tutela”, toda vez que, tal como se ha señalado en párrafos anteriores, este es una figura discrecional, por lo tanto, la Corte puede o no seleccionar el caso para su eventual revisión, dejando por fuera muchos de los procesos de tutela en los cuales puede existir una violación grave al derecho fundamental del debido proceso, limitando con ello la posibilidad de que el afectado pueda hacer uso de la acción de amparo, pues según el sentir de la Corte se está ante una cosa juzgada de carácter constitucional.

Como se ha dicho, la posibilidad de interponer una acción de tutela contra un fallo de tutela no es un tema pacífico, toda vez que, para una parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, abrir tal posibilidad implicaría generar un ambiente de inseguridad jurídica, en la medida que previamente, - al tratarse de un fallo de tutela-, se han garantizado todos los derechos fundamentales en

cuestión. Por lo tanto, consideran que abrir tal posibilidad implicaría un desconocimiento de los procedimientos dispuestos por la Constitución Política, lo cual, a lo sumo, no representa un argumento viable para descubrir la procedencia de la acción de tutela contra fallos de la misma naturaleza. En el contexto jurisprudencial y doctrinario descrito con antecedencia, la pregunta de investigación que se pretende resolver es: ¿Cuándo procede la acción de tutela contra sentencias de tutela de conformidad con la Sentencia SU- 627 del 2015 de la Corte Constitucional de Colombia?

La finalidad del presente trabajo investigativo radica en la necesidad de analizar la jurisprudencia emanada por la Corte Constitucional en torno al tema de la acción de tutela contra sentencias de la misma naturaleza, es decir, contra fallos de tutela. Al respecto, tal como se ha indicado anteriormente este tema ha sido objeto de innumerables debates al interior de la Corte, tal como se desprende de las sentencias emitidas por este organismo en los últimos años- sentencias: SU-1219/01, SU-627/15-. Ahora si bien, la postura general de la Corte se ha estado orientada en declarar la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela, no se puede desconocer el hecho que los autos y sentencias que se expiden en el trámite de una acción de tutela pertenecen al género de providencias judiciales en las cuales se puede llegar a configurar una vía de hecho. En ese orden, el presente escrito tiene como objetivo realizar un análisis crítico del comportamiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a este tema.

Cabe aclarar, que el análisis de este estudio permitirá a los estudiantes de las facultades de derecho del país profundizar en el estudio del mecanismo de protección más importante a nivel constitucional, como lo es la acción de tutela y como el ejercicio de esta herramienta de amparo puede resultar limitada cuando se busque la protección del derecho fundamental al debido proceso vulnerado con ocasión de una sentencia de tutela. Dicotomía que resulta no por menos paradójica, teniendo en cuenta que, tal como se desprende de la extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional, los jueces de tutela en cumplimiento de su ejercicio, también incurrir en vías de hechos. Las cuales si bien, pueden ser subsanadas a partir del mecanismo de revisión dispuesto por la constitución, esta al ser una figura meramente discrecional, la Corte puede o no seleccionar determinados casos, dejando por fuera procesos donde eventualmente puedan existir graves violaciones a derechos fundamentales.

En ese orden, esta investigación está orientada en generar un análisis crítico frente a la posición adoptada por la Corte como regla general de no admitir la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela, con el fin de enriquecer el debate académico y jurídico en relación con el tema bajo estudio. En efecto, este trabajo resulta de gran interés tanto para la sociedad en general como para la comunidad jurídica en particular, toda vez que, entra a debatir un tema que hasta ahora carece de la profundización necesaria tanto en el ámbito académico como jurídico. Es por ello, que a través de este escrito, se pretende motivar a la comunidad académica y en específico a la comunidad jurídica a seguir generando los espacios de análisis y debate necesarios, con el fin de llegar a generar nuevas propuestas que permitan ampliar el enfoque que se le ha dado a la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela por parte de la Corte, pues no se debe olvidar que, los jueces de tutela si bien tienen como referente directo a la constitución, estos en su tarea como guarda de los derechos fundamentales, pueden incurrir en vías de hecho que vulneren el derecho fundamental al debido proceso. Cuyo objetivo general es el de determinar la procedencia la acción de tutela contra sentencias de tutela de conformidad con la Sentencia SU- 627 del 2015 de la Corte Constitucional de Colombia, desarrollados a través de los Objetivos específicos: Analizar normativa y jurisprudencialmente la figura de la acción de tutela en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, Identificar el desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional con relación al tema de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de la misma naturaleza, Establecer la procedencia de la acción de tutela contra una sentencia de tutela, de acuerdo con las pautas dadas por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 627 del 20 y realizar un análisis crítico de la posición actual adoptada por el Máximo Tribunal Constitucional frente a la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela.

Metodología

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, toda vez que, parte de características esenciales que permitan identificar el fenómeno estudiado, utilizando la recolección de datos sin necesidad de medición numérica. La investigación realizada es de tipo descriptivo, puesto que está orientada a describir todos los aspectos fundamentales que conforman el tema objeto de debate, es decir que, se estudiará y analizará la postura fijada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a si es procedente

de manera excepcional interponer una acción de tutela contra un fallo de tutela, además de esto, dicha investigación es de tipo causal, en la medida que busca que, con el análisis de este tema, se establezca un análisis crítico, orientado a expandir el criterio fijado por la Corte Constitucional, en el cual no se limite la procedencia de esta figura solo para aquellos casos donde se configure una cosa juzgada fraudulenta, sino que por el contrario, sea procedente interponer acciones de tutela contra sentencias de tutela cuando se esté ante la existencia de una vía de hecho que afecte de manera directa el derecho al debido proceso.

El método utilizado para el desarrollo de la investigación es el método inductivo, pues en esta resulta necesario partir de situaciones particulares, tal como es el caso de las generalidades y regulación de la acción de tutela, con el propósito de que posteriormente se logre establecer un análisis general de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra sentencias de la misma clase. Logrando así obtener resultados satisfactorios. Las técnicas de recolección de información dado que el enfoque de la investigación es cualitativo, serán las entrevistas que nos permitan obtener características específicas del tema objeto de estudio y las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales frente al tema.

La acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano: análisis normativo y jurisprudencial

El objetivo primordial de este capítulo es analizar a la acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano, concretamente el fin perseguido por el constituyente de 1991, generalidades, características y requisitos de procedencia de la misma. La acción de tutela constituye una de las más grandes novedades que a nuestro ordenamiento jurídico trajo la vigencia de la Constitución Política de 1991. Es reconocida por la doctrina como la institución más importante en el sistema judicial porque permite la protección expedita de los derechos fundamentales, pese a que éste mismo en las condiciones actuales es lento y difuso (Torres Ruda, 2014).

Si bien es cierto, es un mecanismo novedoso en nuestro sistema judicial; también es cierto que el mismo ya se encontraba presente en otros ordenamientos jurídicos continentales, específicamente en el estadounidense de donde data su más antiguo antecedente con el caso *Marbury Vs Madison* en 1801 (Torres Ruda, 2014), que marca el inicio en la implementación de una figura útil para salvaguardar derechos mínimos.

Con posterioridad otras jurisdicciones en nuestro sistema continental han considerado la importancia en la protección de derechos individuales como México, país pionero en la utilización del mecanismo cuyo *nomen iuris* es el recurso de amparo, desde 1857 cuando fue estipulado en la constitución política de la época y luego reiterado en su constitución actual (Vivas Barrera, 2012). Así mismo, países como Brasil han dado vida al “mandamiento de seguridad”, Chile al “recurso de protección”, Argentina, Costa Rica, Ecuador, Panamá y cerca de 13 países más (Ferrer Mac-Gregor, 2006).

Mismo instrumento es vislumbrado en países europeos como Alemania, España, Suiza, Albania, Croacia, Eslovenia, entre otros; países de África y Asia respectivamente (Ferrer Mac-Gregor, 2006). Sea cual sea el nombre que se le haya dado, resulta verdadero su consagración como instrumento útil para la protección de derechos mínimos, fundamentales e incluso humanos pues también ha sido extensivo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos concretamente en distintas regulaciones como la Declaración universal de los derechos del hombre, la Convención americana de derechos humanos, entre otros; desde tal cúspide, se ha caracterizado al recurso de amparo (como suele llamarse en la gran mayoría de países) o acción de tutela como un mecanismo célere, sencillo, de fácil acceso, autónomo, de consagración constitucional y legal, tendiente a tener un juez natural que según la jurisdicción puede conocer del amparo en forma directa o en segunda o tercera instancia.

En nuestro país, el artículo 86 de la constitución política de 1991, la consagró como un mecanismo mediante el cual toda persona podría reclamar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos estuviesen siendo amenazados por acción u omisión de parte de una autoridad; a través de un procedimiento rápido y sumario que persiguiera tal fin (Const., 1991, Art 86). Posteriormente esa orden superior fue desarrollada a través del decreto 2591 de 1991, norma que integró la posibilidad excepcional de que la misma acción estuviese dirigida incluso en contra de particulares (Decreto 2591, 1991, Art 1). Con lo cual se puede definir a la acción de tutela como una “acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, dirigida a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares” (Botero Marino, 2009), para “la defensa pronta y efectiva de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no

exista otro medio de defensa judicial que sirva para tales efectos” (Botero Marino, 2009)

Las características que revisten a la acción de tutela son en primera medida su naturaleza de acción judicial, con lo cual en la jurisdicción colombiana a diferencia de otras como la Mexicana, la tutela está concebida como un proceso judicial autónomo que surte unas etapas y se inicia a petición de parte a través de una solicitud informal (Art 14 del decreto 2591 de 1991), cuando se considere se está vulnerando un derecho consagrado constitucionalmente con el rango de fundamental (nominado), que a través de un juicio de constitucionalidad se haya elevado a esa categoría (innominados), porque estén conectados a uno expresamente fundamental (por conexidad) o porque se han definido “las políticas públicas de distribución de los recursos, los criterios de asignación, y los requisitos y procedimientos para el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, se constituyen derechos subjetivos que pueden ser exigidos en sede de tutela” (Corte Constitucional, sala primera de revisión, Sentencia T- 761, 2011) (Transmutación de derechos prestacionales a fundamentales); finalizando con un fallo con efecto *interpartes* que podrá ser recurrido ante el superior jerárquico del funcionario que profirió la decisión, caso en el cual se surtirá la segunda instancia cuya decisión podrá modificar el fallo recurrido. Sea impugnado o no, vale la pena resaltar que el fallo deberá ser enviado ante la Corte Constitucional a fin de que sea surtido el grado jurisdiccional de revisión. Adicionalmente según lo establece el artículo tercero del decreto 2591 de 1991, en el trámite del proceso se observarán los principios de “publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia” (Decreto 2591, 1991, Art 3).

Una segunda característica de la acción de tutela, en concordancia lo anterior, es que su trámite sea como lo establece (Botero Marino, 2009) de carácter sumarial, célere, oficioso, informal y preferente (pág. 132) dado a que se trata del amparo inminente de derechos fundamentales. Lo anterior significa i) que es corto y rápido pues como lo establece el artículo 29 del decreto 2591 de 1991 (Decreto 2591, 1991) una vez presentada la solicitud el fallador constitucional tiene diez (10) días para dictar el fallo en primera instancia y veinte (20) en segunda instancia para resolver el conflicto y decidir el amparo del derecho; ii) en gran proporción es impulsado por el juez sin que en todos los casos tenga que mediar solicitud de parte, pues es deber del juez de tutela adoptar los medios necesarios para que en caso de que encuentre “una

grave e inminente violación o amenaza del derecho” (Decreto 2591, 1991, Art 18) pueda protegerlo de manera efectiva, teniendo incluso la posibilidad de modular los efectos del fallo de tutela a fin de garantizar la protección del derecho; y iii) es preferente, es decir, que el funcionario que tenga a su conocimiento la solicitud de amparo deberá sustanciarla con prelación a otros procesos judiciales de naturaleza diferente, salvo aquellos relacionados con la protección del derecho fundamental de libertad protegido por el habeas corpus (Decreto 2591, 1991, Art 15).

En tercera medida, constituye una característica notable de la acción de tutela su naturaleza subsidiaria, es decir que la misma sólo es procedente cuando se hayan agotado todos los recursos ordinarios existentes, pues tal como lo manifiesta (Carrera Silva, 2011) “la finalidad de la acción de tutela no es la de sustituir medios judiciales existentes, sino por el contrario, garantizar su agotamiento” (pág. 80)

Como cuarta característica, se trata de una acción con un objeto específico, la protección de derechos fundamentales; los cuales, si bien en un principio se predicaba de ellos su expreso enlistamiento en las prerrogativas consagradas en el título II de la carta política (derechos fundamentales nominados), hoy día con el avance jurisprudencial alcanzado por la Corte Constitucional es posible que la solicitud de tutela vaya encaminada al amparo de otros derechos que si bien no están expresamente consagrados como fundamentales “se encuentran implícitos en el ámbito de protección de distintas disposiciones jurídicas fundamentales” (Garzón Buenaventura, 2016, pág. 21) como se desprende del artículo 94 constitucional, derechos que la misma jurisprudencia ha denominado fundamentales innominados.

Así mismo, es posible respecto de otros derechos denominados por la jurisprudencia constitucional como fundamentales por conexidad, aquellos que siendo de económicos, sociales o culturales, son considerados fundamentales cuando aparezcan ligados de “manera inescindible con un principio o derecho fundamental” (Paz, 2012, pág. 1). Una cuarta posibilidad de protección de derechos no revestidos expresamente como fundamentales también pueden ser objeto de protección de tutela, noción que la Corte Constitucional ha denominado “transmutación de derechos prestacionales en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de las cláusulas constitucionales” (Corte Constitucional, sala quinta de revisión, sentencia T-869, 2006),

es decir, aquella situación en la que, una vez definidas las políticas públicas de distribución de los recursos, los criterios de asignación, y los requisitos y procedimientos para el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales, se constituyen derechos subjetivos que pueden ser exigidos en sede de tutela (Corte Constitucional, sala primera de revisión, Sentencia T- 761, 2011)

Ahora bien, en lo que respecta a su procedencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sede de tutela ha establecido como requisitos generales de procedencia de la misma el que i) No exista otro medio judicial que permita defender el derecho objeto de amparo, o que existiendo se hayan agotado completamente, salvo aquellos eventos en los cuales se utilice la Tutela como mecanismo de carácter transitorio para la protección del derecho cuya violación es inminente a fin de evitar un daño irreversible (carácter residual). Respecto de esa primera condición de procedibilidad la Corte Constitucional ha expresado de manera reiterativa y tajante que el objetivo de la solicitud de amparo de derechos fundamentales no es remplazar los medios judiciales existentes (Corte Constitucional, sala tercera de revision, sentencia T-001, 1992) pues con ello se pretende evitar entre otras circunstancias, la congestión judicial constitucional, máxime si se tiene en cuenta que al ser un recurso de urgencia, su objeto no es que a través del mismo se eviten los plazos y términos ordinarios de los procesos judiciales.

Sin embargo, dada la connotación e importancia de la protección de los derechos fundamentales también se ha considerado la necesidad de que los medios judiciales existentes, en el evento de que existan, sean efectivos e idóneos para su protección. En efecto como lo manifiesta (Botero Marino, 2009):

Si se comprueba que formalmente existe un medio judicial que pudiera servir para la protección del derecho fundamental pero que desde el punto de vista sustancial el agotamiento de este recurso implica la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable, el amparo constitucional es procedente (pág. 117)

Ello requiere entonces un juez que sea capaz de identificar los eventos en los cuales pese a la existencia de medios judiciales ordinarios, estos por requerir plazos más amplios no resulten ser efectivos ante la posible consumación del perjuicio hacia el derecho fundamental, por lo cual la acción de tutela es adecuada. Por otro lado, la Corte Constitucional

ha precisado además que, ante la existencia de otro medio judicial la acción de tutela es procedente cuando se utilice como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable, aun si no se ha iniciado el proceso ordinario previsto, siempre y cuando no haya operado la caducidad o no haya fenecido el término para dar inicio al mismo pues si ello así ocurriere entonces sería evidente la inexistencia de un futuro proceso judicial y la tutela no operaría como mecanismo transitorio, con lo cual no concurriría además el requisito de la inmediatez. La anterior regla contiene una única excepción consistente en la imposibilidad absoluta del afectado para proponer en tiempo la acción judicial, casos en los cuales es procedente la acción de tutela.

Un segundo requisito de procedencia de la solicitud de amparo consiste en que el derecho que se invoque como conculcado, no sea de carácter general, impersonal, abstracto, aquellos que salvaguarden intereses públicos o colectivos y que no se pueda salvaguardar con el recurso constitucional del habeas corpus, escapando de la órbita de protección de la tutela el derecho a la libertad personal. En efecto, se requiere que el derecho invocado sea de aquellos llamados fundamentales o que siendo en sus inicios impersonales, abstractos, cuyo contenido no se encuentra desarrollado por las normas vigentes, al ser de carácter prestacional sean acogidos bajo el criterio de la transmutación de derechos, del cual ya nos hemos referido con precedencia. Así mismo, los derechos colectivos no son susceptibles de control de tutela pues la constitución nacional les asignó la acción popular como mecanismo natural de protección.

En tercera medida, para que sea procedente la acción de tutela se requiere además que la violación del derecho no haya ocasionado un daño consumado o que habiéndolo hecho continúen las acciones u omisiones violatorias del mismo, tal y como se desprende de lo establecido en el artículo octavo del decreto 2591 de 1991. De lo cual se colige que, la amenaza o transgresión del derecho fundamental debe ser actual, permanente en el tiempo de manera que pueda predicarse la inexistencia de un perjuicio irremediable, pues de ser así perdería utilidad la solicitud de amparo.

Ahora bien, oportuno resulta establecer la existencia de requisitos adicionales para la procedencia y/o prosperidad de la acción de tutela, en los eventos de providencias judiciales, es decir, cuando la amenaza o infracción del derecho fundamental emanen de una decisión proferida por un órgano que ostente funciones jurisdiccionales. Para lo cual, si bien

la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha manifestado en primera medida que se trata de una posibilidad excepcional, pues no es “un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección” (Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-543 , 1992); También es cierto que, como se analizó en la sentencia T-1031 de 2001, “la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando “su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados” (Corte Constitucional, sala septima de revisión, sentencia T-1031, 2001)

En desarrollo a lo anterior el Tribunal Constitucional, arguyó que además de las condiciones generales de procedencia de la acción de tutela, para los eventos específicos de providencias judiciales es necesario que por un lado se incurra en una de las siguientes causales genéricas de procedencia (noción que remplazo la anterior postura de “vía de hecho” según se instituyó en la sentencia C- 774 de 2004): i) defecto orgánico (falta de competencia del funcionario que dictó la orden judicial), ii) defecto procedimental absoluto (el funcionario no agotó el trámite procesal de conformidad con las normas procesales), iii) defecto material o sustantivo (la decisión es proferida con fundamento en normas inexistentes, que han perdido vigencia, inconstitucionales o impertinentes al caso bajo estudio), iv) defecto factico (inobservancia en el decreto, practica o valoración de las pruebas recaudadas en el proceso, o darle valor a pruebas nulas de pleno derecho o violatoria de derechos fundamentales), v) error inducido (un tercero induce al juez a un error, sobre el cual toma la decisión), vi) decisión sin motivación, vii) desconocimiento del precedente judicial (el juez se aparta del precedente fijado por la Corte Constitucional, por los órganos de cierre de su jurisdicción, o limita los efectos de la sentencias de esas colegiaturas) y viii) violación directa de la constitución (Corte Constitucional, sala tercera de revisión, sentencia T-774, 2004).

Por otro lado se hace igualmente necesario que se cumplan los requisitos formales que son i) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional, ii) que se hayan agotado los medios o recursos ordinarios, iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que el amparo sea propuesto en un término razonable, sobre lo cual, La Corte Constitucional ha establecido que solo existen tres casos excepcionales en los cuales el

requisito de la inmediatez puede ceder así: i) Que exista un motivo valido que justifique la inactividad del tutelante como encontrarse en situación de indefensión, abandono, incapacidad física, etc., ii) Que la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de derechos fundamentales de terceros que puedan verse afectados con la decisión, iii) Que exista una relación entre la inactividad y la afectación a los derechos de los interesados, iv) Que se demuestre que la afectación perdura en el tiempo y que pese a que el hecho que la originó es antiguo la situación desfavorable continua (Corte Constitucional, sala octava de revision, sentencia T- 246, 2015) , iv) que la irregularidad presentada en el proceso destelle a la sentencia y vulnere derechos fundamentales de la parte tutelante, v) que se identifiquen los hechos que generaron la infracción a los derechos fundamentales y sean expuestos en los recursos ordinarios cuando ello fuera posible y finalmente, vi) que la providencia judicial demandada en tutela no sea un fallo de tutela (Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-590, 2005).

Ultimo evento que si bien en sus inicios constituía un criterio unificado y pacifico respecto de su imposibilidad, en la actualidad ello no es del todo así, pues el Máximo órgano de la jurisdicción constitucional en su evolución jurisprudencial ha admitido la posibilidad de que en los casos de cosa juzgada fraudulenta se pueda interponer de manera excepcional acción de tutela en contra de un fallo de tutela. En sumo, para concluir con lo descrito en este capítulo se tiene que la acción de tutela como mecanismo relevante en el Estado social de derecho colombiano, permite proteger de manera sumaria y por lo tanto expedita, derechos fundamentales nominados, innominados, por conexidad y transmutación. Se trata de un mecanismo que en Colombia tiene naturaleza de proceso judicial autónomo, sumarial, preferente, informal y residual. De manera general procede cuando no se cuenten con otros mecanismos ordinarios de protección o cuando existiendo los mismos no sean efectivos o idóneos, o se utilice la tutela como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable; cuando no se trate de derechos impersonales, colectivos o protegidos por el habeas corpus y cuando la amenaza no se haya consolidado a tal punto que se trate de un daño consumado salvo si aún subsiste la acción u omisión que generó la amenaza. Puede ser interpuesta en contra de autoridades o particulares cuando en uno u otro caso se vulnere un derecho fundamental; entre esas autoridades se encuentran aquellas que ejercen funciones jurisdiccionales, cuyas decisiones la Corte Constitucional en el

estado actual de su evolución jurisprudencial, ha aceptado la posibilidad de procedencia de la acción de tutela cuando se advierta la ocurrencia de una vía de hecho, hoy denominada causal genéricas de procedencia; teniendo que cumplir además con los requisitos formales dentro de los cuales esta que el fallo demandado no sea de tutela.

Evolución histórica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela en contra de una sentencia de tutela

El propósito de este capítulo es examinar las posturas jurisprudenciales que en esta materia ha estipulado el Tribunal constitucional, analizando los argumentos y escenarios jurídicos plasmados concretamente en las sentencias SU-1219 de 2001 y la SU-627 de 2015, las cuales fueron seleccionadas para su análisis en vista de que las mismas fueron expedidas con el propósito de unificar los criterios jurisprudenciales frente al tema en dos escenarios temporales distintos.

Primera etapa:

En el estudio jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia respecto de la procedibilidad de “la tutela en contra de tutela” es posible identificar un primer escenario caracterizado por la prohibición expresa de esa noción. La misma fue recogida en la sentencia SU-1219 de 2001 en donde la misma corporación seleccionó para efectos de revisión dos procesos de tutela, Expediente No. T-412756 de la Caja de Compensación Familiar de Cartagena contra el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena y el No. T-412756 inicialmente no seleccionado para surtir el grado de revisión (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-1219, 2001), y acumularlos por unidad de materia. En esa oportunidad luego de revisar las circunstancias fácticas que fundamentaron la acción, la Corte se planteó como problema jurídico: ¿Puede interponerse una acción de tutela contra una sentencia de tutela, alegando que se ha incurrido en una vía de hecho? (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-1219, 2001)

Para lo cual consideró en primera medida la alta posibilidad de que los falladores al no ser infalibles en sus decisiones puedan cometer errores y ser susceptibles de reclamación por parte de los ciudadanos en atención a la eventual vulneración de un derecho. Situación de la cual es común en los juzgadores ordinarios y los que revisten la toga de juez constitucional. Sin embargo, precisó que entre uno y otro existen diferencias en lo que respecta al procedimiento, así como del consecuente trámite que para efectos de subsanar esos errores puedan

preverse que justifican la existencia de mecanismos disimiles para esos efectos.

Así, los juzgadores de casos ordinarios en obediencia a la ley y en interpretación a la misma pueden cometer errores que generen violaciones a derechos fundamentales con lo cual pueden incurrir en vías de hecho que son, tal como hasta este punto lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional, susceptibles de la acción de tutela en atención no solo a la protección del titular del derecho, sino además que los preceptos legales y las órdenes judiciales acompañen con los fines y propósitos constitucionales, puesto que “el ordenamiento jurídico es uno sólo y la legislación debe interpretarse y aplicarse de conformidad con la Constitución” (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-1219, 2001).

Empero considera que, en el caso de los procesos de tutela es distinto puesto que el juez constitucional con el fin de salvaguardar el derecho fundamental aplica de manera directa el texto superior de ahí a que pueda resaltarse la característica de especificidad de la tutela, según la cual se resuelve el caso objeto de la solicitud de amparo solo en atención a los preceptos consagrados en la carta magna y no en la ley sin que se considere de manera irrelevante lo dicho en ella. Tal como se dijo anteriormente la Corte creyó que, los jueces de tutela no escapan de la eventualidad de equivocarse en sus decisiones e incurrir en una vía de hecho; en el cual el ciudadano no queda afectado pues para esos eventos la constitución y la ley establecieron la impugnación del fallo y su inminente revisión en cabeza de la Corte Constitucional, en los términos del artículo 86 del texto superior.

Según el alto juez constitucional, la revisión es un mecanismo diseñado no solo para “controlar las sentencias de tutela de los jueces constitucionales que conocen y deciden sobre las acciones de tutela” (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-1219, 2001) sino además para “unificar la interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales” (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-1219, 2001) y “erigir a la Corte Constitucional como máximo tribunal de derechos constitucionales y como órgano de cierre de las controversias sobre el alcance de los mismos” (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-1219, 2001). Expreso que, la Constitución política excluyó la posibilidad de que en contra de un fallo de tutela se interpusiera una tutela alegando una eventual vía de hecho, porque fue propósito del constituyente crear un mecanismo cuyas etapas estuviesen claramente estipuladas; en el

cual, previendo los posibles errores, existiese un recurso propio para su corrección denominado recurso de revisión, agotado por un órgano de rango superior, cual es la Corte Constitucional.

Tal como queda claro del contenido del artículo 40 del decreto 2591 de 1991 no fue en principio propósito del legislador la procedencia del recurso de amparo contra fallos de esa misma naturaleza. Esbozo la Corte Constitucional que ello es posiblemente con el fin de evitar que los conflictos resueltos en sede de tutela puedan prolongarse de manera indefinida en el tiempo conculcando la seguridad jurídica y rebosando el principio primordial de la acción de tutela cual es la protección de los derechos fundamentales de manera cierta, rápida y efectiva. Resaltó el Tribunal Magno las virtudes del recurso de revisión, el cual fue estipulado como un medio para que esa misma corporación como guardiana de la constitución realizara control de las posibles vías de hecho que pudiesen suscitarse en los fallos de tutela, constituyéndose en el cierre de las circunstancias jurídicas que se dilucidan en los procesos de amparo. Por ello resaltó que en lo que respecta a la revisión son relevantes los siguientes aspectos.

En primera medida, en virtud de los consagrado en los artículos 86 de la constitución política y 31 del decreto 2591 de 1991, los jueces constitucionales tienen el deber de remitir a la Corte Constitucional los fallos de tutela, ello con el fin de que sea un órgano centralizado encargado de la interpretación constitucional el que determine cuales casos representan cierto grado de relevancia en torno a un tema específico para efectos de unificación jurisprudencial (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-1219, 2001). Así mismo, con el objeto de evitar que los derechos fundamentales no obtengan una efectiva protección, la Corte Constitucional realiza un ejercicio de verificación de todas las sentencias de tutela que llegan a esa instancia a fin de determinar cuáles son las que deben ser revisadas y cuales no ameritan ese ejercicio, teniendo en todo caso que, estudiar el fallo remitido y adoptar una decisión. En este proceso, vale la pena resaltar que cualquiera de las partes o el defensor del pueblo, puede solicitar que un determinado fallo sea escogido por relevancia constitucional, o porque a su parecer se ha cometido un error que no representa tal gravedad para ser considerado vía de hecho (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-1219, 2001).

Ahora bien, en segunda medida, los efectos de las sentencias que no son escogidas para su eventual revisión son aquellos propios de la cosa juzgada constitucional pues la decisión emitida por la Corte de no

revisar un fallo genera la ejecutoria formal y material de la sentencia, siendo esos efectos inevitables. Ello obedece a la necesidad de asegurar un ambiente de seguridad jurídica y legitimar al Tribunal Constitucional como verdadero órgano de cierre de esa jurisdicción.

En tercera medida, la Corporación Constitucional manifiesta que el ejercicio realizado en sede de revisión de una sentencia seleccionada es mucho más amplio de aquel eventualmente realizado respecto de una vía de hecho, ya que cuando la misma examina los fallos allegados no solo lo hace para efectos de unificación jurisprudencial de temas relevantes para la interpretación constitucional, sino además como método de control de legalidad ante la posible existencia de una vía de hecho que releva su escogencia.

Con todos esos argumentos se llega a una primera conclusión consistente en la constitución de la revisión, como un mecanismo efectivo e idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales ventilados en los fallos de tutela expedidos por todos los jueces constitucionales del país. Así mismo, en concordancia a lo anterior se arriba a una segunda conclusión: no son procedentes las acciones de tutela en contra de los fallos de tutela por la existencia de vías de hecho, ya que ello resultaría inocuo ante la existencia de la revisión como un instrumento regulado por la ley, autorizado por la constitución, útil para esos efectos.

Por otro lado, para reforzar esa interpretación la Corte examina los efectos de la cosa juzgada ordinaria y constitucional. En lo tocante a la primera de ellas es viable que ante la existencia de una vía de hecho, proceda la acción de tutela para salvaguardar derechos como el debido proceso. Referente a la segunda, esa posibilidad se encuentra hasta este momento descartada, teniendo en cuenta que ante un vicio de esa magnitud se cuenta con el recurso de revisión y el de insistencia para que sea escogido para la misma, fenecido el cual, la sentencia se torna inmodificable. Tal como se ha dicho anteriormente cuando la Corte Constitucional decide no escoger un fallo para revisión el mismo adquiere ejecutoria material con efectos de cosa juzgada constitucional; misma situación acontece respecto de aquellos fallos escogidos para revisión y en los cuales la Corte ha emitido una decisión o cuando no siendo escogido el plazo para insistir en su escogencia ha fenecido. En estos casos no hay lugar a reabrir un proceso que ha sido legalmente decidido y concluido. En esa medida,

Admitir que los fallos de tutela definitivamente decididos o excluidos para revisión sean luego objeto de una nueva

acción de tutela, sería como instituir un recurso adicional ante la Corte Constitucional para la insistencia en la revisión de un proceso de tutela ya concluido, lo cual es contrario a la Constitución (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-1219, 2001).

Si bien es cierto que la protección de los derechos fundamentales pugna con la seguridad jurídica al estudiar la admisión de la tutela sobre tutela, la Corte considera que la tensión se supera al estudiar el hecho de que ambas causas confluyen en un mismo sentido pues si un fallo de tutela no fuese estable también se cercenarían los derechos fundamentales de las partes al estar sometido a la eventualidad de que el conflicto no finiquitara nunca, desnaturalizando el propósito que quiso darle el constituyente.

Esa restricción encuentra su justificación esencialmente en dos argumentos. El primero de ellos gira en torno a la seguridad judicial, la protección del acceso efectivo a la administración de justicia y la efectividad material de la acción de tutela que se verían mermados ante la posibilidad de interponer contra una situación jurídica consolidada demandas sobre demandas, lo cual haría interminable las discusiones judiciales.

El segundo de ellos observa que, en el caso de las tutelas ya existe un instrumento eficaz para detectar y corregir las posibles vías de hecho existentes en los fallos de esta naturaleza ante un órgano de cierre con mayor especialidad que tiene como función expresa la custodia de la constitución. Ponderó la alta corporación, la eventualidad de que en un error de selección para revisión no se escogiera una sentencia con una verdadera vía de hecho, lo cual sería nocivo para las garantías constitucionales; pero al respecto dijo que esa posibilidad es excepcional y proporcionalmente menor a la afectación de derechos, la pérdida de efectividad del mecanismo del amparo que nunca tendría estabilidad y consolidación, si se aceptara la tutela contra tutela que se convertiría en una práctica permanente (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-1219, 2001).

Segunda etapa

Una segunda etapa está constituida por el cambio de posición frente a la procedencia de la tutela en contra de fallos de tutela, postura que se consolidó con la sentencia SU- 627 de 2015, posición que se mantiene en la actualidad.

Para esa decisión la Corporación previa insistencia de una Magistratura de la Corte, que consideró la relevancia constitucional del tema, seleccionó para efectos de revisión un proceso de tutela, Expediente No. T- 4.496.402 de la Dirección Nacional de Estupefacientes en liquidación contra el Juzgado Primero Promiscuo Municipal y Promiscuo del Circuito de Pivijay (Magdalena en el que se solicitaba el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia que se consideraban estaban siendo infringidos por los Juzgados Primero Promiscuo Municipal y Promiscuo del Circuito de Pivijay en Magdalena al incurrir en una posible vía de hecho en la sentencia de tutela demandada.

Los argumentos de insistencia del Magistrado Jorge Pretelt Chaljub giraron en torno a lo siguiente:

1. Una de las causales de procedencia de la acción de tutela en contra de las providencias judiciales es que la misma sentencia objetada no sea de tutela, circunstancia que en ese caso no se respetaba pues los jueces de instancia decidieron una tutela sobre otra tutela.
2. De conformidad con la jurisprudencia consolidada hasta esa época, específicamente los postulados de la SU- 1219 de 2001, uno de los efectos de las sentencias no escogidas para revisión es la configuración de la cosa juzgada constitucional; efecto que se predicaba respecto de la sentencia de tutela demandada que no había sido seleccionada por la Corte y cuya situación no fue respetada por el juez de instancia.
3. De conformidad con la sentencia T-218 de 2012, existe una excepción a la cosa juzgada referente a cuando se ha cometido fraude o se ha probado la ilegalidad en la actuación, situación que debe ser conocida necesariamente por la Corte Constitucional. Arguyo que esa corporación era “la llamada a determinar si se presentaron estas excepcionales circunstancias y no dejar esta tarea a los jueces de instancia, pues se pueden llegar a generar decisiones contradictorias que terminen en un desconocimiento masivo de la cosa juzgada constitucional” (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU- 627, 2015)
4. Esta sería una oportunidad para esa corporación de unificar jurisprudencia frente al tema de la procedencia de la acción de tutela en contra de fallos de tutela con posterioridad al

pronunciamiento realizado en la Sentencia T- 218 de 2012, en donde se admitieron los casos de fraude en la actuación como excepción a la regla dada en la sentencia SU- 1219 de 2001.

Las circunstancias fácticas relevantes para tomar la decisión y unificar criterios consistieron en primera medida en el conocimiento por parte de un juez de instancia, Tribunal superior de distrito judicial del Magdalena, de una acción de tutela en contra de un fallo de tutela proferida por los jueces de Pivijay cuyo trámite se había agotado en vulneración del derecho al debido proceso, al no vincular a una parte interesada en los efectos de la sentencia al proceso. Vale la pena notar que, en el estudio del caso, el juez no analizó la sentencia de tutela en sí misma, sino que procedió con el estudio de legalidad de su trámite constatando que, efectivamente en el transcurso del procedimiento adelantado de la acción de tutela que se demandaba, por un lado, no se integró en debida forma el contradictorio al no citar a terceros que podrían verse afectados con las resultas de la sentencia, eventualidad que sucedió; y por otro lado, la misma fue decidida por un funcionario que carecía de competencia.

De esas circunstancias la Corte notó que el examen sobre el fallo de tutela, no se refirió a la existencia de algún defecto en si misma sino en los vicios acaecidos con anterioridad a la expedición de la sentencia. Ello resulta importante pues según la línea jurisprudencial que en torno al tema ha planteado la Corte Constitucional, iniciada con la sentencia SU-1219 de 2001, no es procedente la acción de tutela en contra de un fallo de tutela. Postura que ha sido utilizada por la Corporación para fallar los siguientes asuntos:

Las Sentencias T-021, T-174, T-192, T-217, T-354, T-444, T-623 y T-625 de 2002; T-200, T-502 y T-1028 de 2003; T-528 de 2004; T-368 y T-944 de 2005; T-059 y T-237 de 2006; T-104 de 2007; T-1208 de 2008; T-282 de 2009; T-041, T-137, T-151 y T-813 de 2010; T-474 y T-701 de 2011; T-208 de 2013 (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU- 627, 2015)

De los cuales, en algunos se extrajeron reglas importantes al caso que se sustraen en esencia a la procedencia de la acción de tutela en contra de los procedimientos anteriores al fallo de tutela o posteriores a ella. Reglas que se resumen en lo siguiente: 1) La tutela en contra de tutela es en principio improcedente salvo cuando se invoquen actuaciones irregulares que no fueran advertidas por la Corte Constitucional en sede de revisión (Corte Constitucional, sala octava de revisión, sentencia T- 623,

2002), II) Es posible presentar tutelas en contra de incidentes de desacato (Corte Constitucional, sala novena de revisión, sentencia T- 368, 2005), III) Es posible interponer incidentes de nulidad en contra de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional cuando se esté en presencia de vicios que afecten el debido proceso, de manera excepcional y restrictiva (Corte Constitucional, sala cuarta de revisión, sentencia T- 282, 2009), IV) Se pueden interponer acciones de tutela cuando se adviertan actuaciones fraudulentas no en contra de la sentencia de tutela, sino en una actuación de trámite de la misma o en el de incidente de desacato (Corte Constitucional, sala primera de revisión, sentencia T-474, 2011)

Sin embargo, fue la sentencia T- 218 de 2012 en donde la Corte Constitucional refirió a la cosa juzgada fraudulenta, entendida como aquella que citando a (Véscovi, 2006, pág. 253) “se predica de un proceso que ha cumplido formalmente con todos los requisitos procesales y que materializa en esencia un negocio fraudulento a través de medios procesales, que implica un perjuicio ilícito a terceros y a la comunidad” (Corte Constitucional, sala novena de revisión, sentencia T-951, 2013); como la única excepción a la postura existente sobre el tema reconociendo que, la cosa juzgada no puede ser absoluta sino que la misma debe ceder ante el evento de *fraus omnia corrumpit*, El fraude lo corrompe todo (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU- 627, 2015) pues en estos casos al entrar en conflicto con la justicia material, debe permanecer ésta última máxime si el fraude ha sido cometido por el mismo juez.

Esa posición fue utilizada en las sentencias T- 951 de 2013 y T-373 de 2014 en donde el Máximo órgano de la jurisdicción constitucional expuso como argumentos que “la cosa juzgada, incluso la constitucional, “no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar el valor de la justicia” (Corte Constitucional, sala novena de revisión, sentencia T-951, 2013) por lo que no debe permitirse “que se consoliden situaciones espurias, Entiéndase como situaciones ilegales, fraudulentas, carentes de autenticidad, bajo el argumento de la obediencia ciega a las situaciones juzgadas, cuando las mismas son producto de la cosa juzgada fraudulenta” (Corte Constitucional, sala novena de revisión, sentencia T-951, 2013). En esa misma jurisprudencia se fijaron reglas de procedencia de la tutela en esos casos, las cuales serán estudiadas en capítulos posteriores. Así mismo recordó la postura adoptada en la sentencia T-272 de 2014 en donde se sostuvo como opción a “la tutela contra tutela” la modulación de los efectos de las sentencias de la Corte

Constitucional en situaciones fraudulentas o irregulares con el fin de proteger los derechos fundamentales.

Ahora bien, por otro lado, las nociones centrales de procedencia de la acción de tutela no excluyen las actuaciones previas a la sentencia y posteriores a la misma, pues como ha quedado claro la única excepción a la revisión del fallo de tutela en sí misma es cuando se advierta fraude (cosa juzgada fraudulenta). En efecto, la Corte examinó como en anteriores oportunidades se habían protegido los derechos fundamentales al debido proceso cuando había sido violentado en el trámite de la acción constitucional, pues las actuaciones arbitrarias de los jueces de tutela si son susceptibles de la misma. Por ejemplo, en sentencia T-162 de 1997 se evaluó la posibilidad de que el auto que niega la impugnación del fallo de tutela pueda ser objeto de esta misma acción; examen que arrojó un resultado positivo. Empero no es procedente respecto de pretender el cumplimiento de una sentencia de tutela pues para esos casos el legislador ha provisto al incidente de desacato, en el que debe respetarse el debido proceso que puede ser protegido a través del recurso de amparo.

Para concluir con todo lo descrito en este capítulo, ttal como ha quedado claro, la Corte Constitucional al fijar las reglas formales de procedencia de la solicitud de amparo en contra de providencias judiciales, ha prohibido de manera expresa que sobre un fallo de tutela pueda proceder otra acción de tutela. Frente a ese tema, si bien es cierto la Corte en sus inicios se mantuvo renuente en aceptar esa posibilidad, en la actualidad su pronunciamiento es diferente al permitir la tutela contra tutela de manera excepcional cuando se advierta la cosa juzgada fraudulenta, en cumplimiento de ciertos requisitos y sobre las actuaciones propias del trámite tutelar.

La procedencia excepcional de la acción de tutela en contra de fallos de tutela: pautas emanadas de la sentencia SU- 627 de 2015, proferida por la Corte Constitucional

El objeto de este capítulo es describir las condiciones de procedencia de acción de tutela de conformidad con lo dicho en las sentencias T-218 de 2013, que aceptó a la cosa juzgada fraudulenta como excepción al criterio general de improcedencia de tutela sobre sentencia de tutela en sí misma y la SU-627 de 2015, que lo acogió adicionando además la posibilidad

de tutelar también las actuaciones irregulares que vulneraran el debido proceso antes y después de dictada la misma.

Ante estas circunstancias el ejercicio primario debe ir encaminado a identificar si la tutela se “dirige contra la sentencia proferida dentro de él o contra una actuación previa o posterior a ella” (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU- 627, 2015).

Cuando se trata de amparar derechos conculcados por una sentencia de tutela: casos de “*fraus omnia corrumpit*”

Por un lado, en lo que respecta a la interposición de la solicitud de amparo en contra de una sentencia de esa misma naturaleza, como ha quedado precisado, la regla general es que no procede, máxime si la sentencia ha sido expedida por la Corte Constitucional en sala plena o en alguna de sus salas de revisión, caso en el cual solo es susceptible de nulidad ante esa misma corporación agotado las normas existentes en el decreto 2591 de 1991, Artículo 49 del decreto 2067 de 1991.

Sólo es posible cuando la sentencia haya sido expedida por juez constitucional diferente a la Corte y cuando se advierta fraude en sí misma. Para estas circunstancias, deben cumplirse además de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, los propios del amparo dirigido hacia providencias judiciales y los de la sentencia T-951 de 2013 que frente al tema específico que aquí se habla, estableció que debe cumplirse:

- a) La acción de tutela presentada no comparte identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada, es decir, que no se está en presencia del fenómeno de cosa juzgada (Corte Constitucional, sala novena de revisión, sentencia T-951, 2013).
- b) Debe probarse de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en una anterior acción de tutela fue producto de una situación de fraude, que atenta contra el ideal de justicia presente en el derecho (*Fraus omnia corrumpit*) (Corte Constitucional, sala novena de revisión, sentencia T-951, 2013).
- c) No existe otro mecanismo legal para resolver tal situación, esto es, que tiene un carácter residual (Corte Constitucional, sala novena de revisión, sentencia T-951, 2013)

Cuando se trata de amparar derechos conculcados en la actuación surtidas en el trámite de la acción de tutela

Para lo cual es relevante identificar si la actuación fue con anterioridad o con posterioridad a la expedición de la sentencia. Si es con anterioridad y el vicio que genera la infracción consiste en el deber de notificar o vincular a un tercero interesado en las resultas del proceso, si procede la acción de tutela, teniendo que cumplirse además los requisitos generales de su procedencia. Ello si la Corte seleccionó el caso o no (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU- 627, 2015).

Por el contrario, si el vicio que genera la infracción al derecho fundamental sucede con posterioridad a la expedición de la sentencia y se trata de lograr el cumplimiento de esta, no es procedente la acción, pues para esos efectos existe el incidente de desacato. La excepción a esta regla se configura cuando en el trámite del incidente se vulnera un derecho fundamental, evento en el cual si es procedente, teniéndose que cumplir los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela y los específicos contra providencias judiciales (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU- 627, 2015).

Análisis crítico de la postura jurisprudencial adoptada por el Máximo órgano de la jurisdicción constitucional frente al tema planteado

Se pretende finalmente en este acápite exponer una postura crítica frente a la posición actual de la Corte Constitucional respecto de la procedencia excepcional de la acción de tutela en contra de un fallo de tutela. Para satisfacerlo primero nos referiremos a la posición de manera general, luego a las causales específicas de procedibilidad y si las mismas a nuestro juicio son efectivas y finalmente a la perspectiva futura del tema. Considerar la procedencia de la acción de tutela en contra de un fallo de tutela representa sin lugar a duda una innovación jurisprudencial relativamente beneficiosa para los derechos de las partes que integran los procesos constitucionales de esta naturaleza, especialmente para el derecho al debido proceso que regularmente es el que se encuentra en la mayoría de los casos conculcado cuando se trata de providencias judiciales.

Ello se considera así porque tal como lo expuso la Corte en la sentencia T-218 de 2012, la cosa juzgada al igual que ciertas libertades no es absoluta, sino que debe tener excepciones. Si bien es cierto es razonable que se impida que los procesos judiciales sean interminables, resultado que sería el esperable de permitirse en todos los casos la tutela contra tutela, a fin de proteger la seguridad jurídica y el acceso

a la administración de justicia de los ciudadanos; también es cierto que ese fin puede alcanzarse si se permite cohabitar la posibilidad de la procedencia excepcional de la misma medida, para salvaguardar derechos constitucionales como el debido proceso.

Adicionalmente ha de considerarse que el juzgador es una persona humana que puede equivocarse en el trámite de las acciones ordinarias, así como el trámite de las acciones de tutela, por diversas razones entre ellas la celeridad que caracteriza a la misma y la existencia de términos cortos y perentorios que en algunos casos complejos no son suficientes para fallar un caso sin que haya lugar a dudas de cualquier naturaleza. Ello no es predicable de todos los casos, pero es una posibilidad que debe considerarse.

Téngase en cuenta además que, en muchas ocasiones los jueces no pueden vislumbrar todas las circunstancias fácticas que rodean una situación en particular, dada a la condición actual de la congestión en la administración de justicia, la demora en la consecución de la prueba cuando es de difícil consecución, que en algunos eventos cede ante la celeridad y los términos cortos con los que cuentan los jueces para fallar una tutela. En estos casos, es posible que el juez cometa errores de derecho que se traduzcan en una cosa juzgada fraudulenta que afecte intereses de terceros interesados en el proceso. Esa equivocación en un fallo de tutela que puede generar fraude o afectación grave a los derechos de una parte vinculada o no al proceso, no solo puede ser cometida por un juez de instancia de menor jerarquía sino que además puede serlo respecto de un juez de mayor especialidad integrante de un órgano colegiado como la misma Corte Constitucional, razón por la cual no se comprende la renuencia del mismo órgano de prever en su jurisprudencia una excepción a la regla de improcedencia de la tutela sobre tutela dictada por esa corporación. Recuérdese que si procede el amparo solo de sentencias no proferidas por la Corte Constitucional de conformidad con los parámetros del fallo SU-627 de 2015 (Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU- 627, 2015). Si lo que se trata es de proteger los derechos al debido proceso cuando sucedan casos de *Fraus omnia corrumpit* no debe admitir discriminación si la sentencia que contiene el fraude procede del máximo órgano o de un juez de instancia, para proceder con su revisión.

Aunado a lo anterior, ha de indicarse que de acuerdo con los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-1219 de 2001 (jurisprudencia que establece la improcedencia de la tutela

contra tutela de manera general) la parte que crea afectado su derecho al debido proceso u otra garantía constitucional con ocasión a un fallo de tutela que ha surtido efectos de cosa juzgada constitucional por ser seleccionado para revisión por ese mismo órgano no puede intentar una nueva acción de tutela pues cuenta con la posibilidad de solicitar la nulidad en los términos del artículo 49 del decreto 2067 de 1991, el cual reza:

Artículo 49. Contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno.

La nulidad de los procesos ante la Corte Constitucional sólo podrá ser alegada antes de proferido el fallo. Sólo las irregularidades que impliquen violación del debido proceso podrán servir de base para que el Pleno de la Corte anule el Proceso (Decreto 2067, 1991).

Nótese que ineficiente sería la opción dada por el máximo órgano constitucional pues la misma solo permitiría declarar nula la actuación y no el fallo en sí mismo, pues la norma es clara cuando establece que la nulidad solo puede alegarse antes del fallo. Diferente sería si, advertido el vicio que afecta el debido proceso se propusiera el incidente de nulidad a fin de evitar una sentencia fraudulenta, caso en el cual ese mecanismo sería adecuado. Con todo escapan de esa posibilidad los fallos en los cuales ninguna de las partes o incluso el mismo órgano judicial se hayan manifestado respecto de algún error que termina siendo notable con los efectos prácticos del fallo judicial y de afectación grave sobre intereses constitucionales de una comunidad o un tercero. Para estos eventos, tal como se encuentra planteada la postura jurisprudencial frente al tema, la tutela no procedería la misma afectándose derechos fundamentales.

Ahora bien, importante resulta advertir que la posición actual de la Corte Constitucional amerita jueces capacitados y activos que sean capaces de identificar una posible cosa juzgada fraudulenta en una sentencia de tutela que sea presentada para su conocimiento, a fin de que por un lado no se declare improcedente de plano y se evite darle de uso a esa posición cuando se amerite; por otro lado evitar que la administración de justicia en sede de tutela se llene de procesos judiciales cuyas pretensiones en el trasfondo lo que persigan sea una nueva instancia para la revisión del asunto jurídico resuelto en la sentencia de tutela cuestionada.

Finalmente, respecto de la procedencia del amparo frente a actuaciones anteriores o posteriores al fallo de tutela, la misma representa una idea útil puesto que no en todos los casos los tutelantes arguyen afectación a derechos fundamentales por la tutela en si misma sino respecto de procedimientos anteriores o posteriores que en nada afectan los propósitos de la cosa juzgada constitucional sino que son viables en atención a que esas decisiones son providencias judiciales que sin discusión alguna pueden ser objeto de tutela.

Conclusiones

Frente al problema planteado ante la procedencia la acción de tutela contra sentencias de tutela de conformidad con la sentencia su- 627 del 2015 de la corte constitucional de Colombia, se ha logrado establecer que la acción de tutela como mecanismo relevante en el Estado social de derecho colombiano, permite proteger de manera sumaria y por lo tanto expedita, derechos fundamentales nominados, innominados, por conexidad y transmutación. Se trata de un mecanismo autónomo, sumarial, preferente, informal y residual. Procede cuando no se cuenten con otros mecanismos ordinarios de protección o cuando existiendo los mismos no sean efectivos o idóneos, o se utilice la tutela como mecanismo transitorio para prevenir un perjuicio irremediable; cuando no se trate de derechos impersonales, colectivos o protegidos por el habeas corpus y cuando la amenaza no se haya consolidado a tal punto que se trate de un daño consumado salvo si aún subsiste la acción u omisión que generó la amenaza. Puede ser interpuesta en contra de autoridades o particulares cuando en uno u otro caso se vulnere un derecho fundamental; entre esas autoridades se encuentran aquellas que ejercen funciones jurisdiccionales, cuyas decisiones la Corte Constitucional en el estado actual de su evolución jurisprudencial, ha aceptado la posibilidad de procedencia de la acción de tutela cuando se advierta la ocurrencia de una vía de hecho, hoy denominada causal genéricas de procedencia; teniendo que cumplir además con los requisitos formales dentro de los cuales esta que el fallo demandado no sea de tutela.

La procedencia de la acción de tutela en contra de un fallo de Tutela no ha sido un tema pacifico en la historia jurisprudencial de la Corte Constitucional. En un primer momento esa corporación por medio de la sentencia SU 1219 de 2001 fijo un criterio de improcedencia expresa de la acción de tutela en contra de un fallo de tutela asegurando que esa posibilidad era nula por los efectos de la cosa juzgada constitucional y la

existencia de otros mecanismos que podían proteger el debido proceso como la revisión y la nulidad. Posteriormente con la expedición de las sentencias T-218 de 2013 y SU 627 de 2015, la Corte admitió que la cosa juzgada constitucional no era absoluta y debía ceder ante los eventos de violaciones graves al debido proceso y las derivadas de la cosa juzgada fraudulenta cuando ella se advirtiera en el fallo de tutela demandado. Así fijó reglas formales de procedencia excepcional de la solicitud de amparo en contra de providencias judiciales de tutela, cuando se advierta la cosa juzgada fraudulenta, en cumplimiento de ciertos requisitos y sobre las actuaciones propias del trámite tutelar.

De acuerdo con las pautas dadas por la Corte Constitucional en la sentencia SU- 627 del 2015, para determinar si procede excepcionalmente la acción de tutela contra una sentencia de tutela, es necesario identificar si el amparo va dirigido a una sentencia como tal o a una actuación anterior o posterior a ella. Para el primer evento estableció que por regla general no procede máxime si el fallo es expedido por la Corte Constitucional, pero si es expedido por un juez de menor jerarquía y se advierte *fraus omnia corrumpit* entonces es procedente demostrando que i) El amparo no comparte identidad procesal con el amparo demandado, ii) El fraude cometido, ii) Que no existe otro mecanismo para solucionar la situación. Para el segundo evento, si el vicio que genera la infracción es con anterioridad y consiste en el deber de notificar o vincular a un tercero interesado en las resultas del proceso, si procede la acción de tutela, teniendo que cumplirse además los requisitos generales de su procedencia; ahora si es posterioridad, y se trata de lograr el cumplimiento del fallo, no es procedente la acción. La excepción a esta regla se configura cuando en el trámite del incidente se vulnera un derecho fundamental, evento en el cual si es procedente.

La posición actual adoptada por el Máximo Tribunal Constitucional frente a la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela, sin lugar a duda es una innovación jurisprudencial relativamente beneficiosa para los derechos de las partes que integran los procesos constitucionales de esta naturaleza, especialmente para el derecho al debido proceso cuando se advierta errores que generen fraudes o afectación grave a los derechos de una parte vinculada o no al proceso. Sin embargo, consideramos, que el error, no solo puede ser cometido por un juez de instancia de menor jerarquía, sino que además puede serlo respecto de un juez de mayor especialidad integrante de un

órgano colegiado como la misma Corte Constitucional, razón por la cual no es comprensible la renuencia del mismo órgano de prever en su jurisprudencia una excepción a la regla de improcedencia de la tutela sobre tutela dictada por esa corporación. Si lo que se trata es de proteger los derechos al debido proceso cuando sucedan casos de *Fraus omnia corrumpit* no debe admitir discriminación si la sentencia que contiene el fraude procede del máximo órgano o de un juez de instancia, para proceder con su revisión. Adicionalmente, nótese además que la alternativa de la nulidad de las sentencias proferidas por ese órgano es ineficiente pues la misma solo permitiría declarar nula la actuación y no el fallo en sí mismo.

Referencias

- Botero Marino, C. (2009). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Escuela judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Obtenido de <http://www.ejrlb.net/biblioteca2011/content/pdf/a6/10.pdf>
- Carrera Silva, L. (enero/junio de 2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista IUS*, 5(27), 72-94. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100005#nota
- Constitución Política de Colombia. (1991). [Const.]. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=4125>
- Corte Constitucional, sala cuarta de revisión, sentencia T- 282, [Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo] (20 de abril de 2009).
- Corte Constitucional, sala novena de revisión, sentencia T- 368, [Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández] (08 de abril de 2005).
- Corte Constitucional, sala novena de revisión, sentencia T-951, [Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva] (19 de diciembre de 2013).
- Corte Constitucional, sala octava de revision, sentencia T- 246, [Magistrado ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez] (30 de abril de 2015).
- Corte Constitucional, sala octava de revisión, sentencia T- 623, [Magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis] (08 de agosto de 2002).
- Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-543 , [Magistrado ponente: Jose Gregorio Hernández Galindo] (01 de octubre de 1992).

- Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-590, [Magistrado ponente: Jaime Cordoba Triviño] (08 de junio de 2005).
- Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU- 627, [Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo] (01 de octubre de 2015).
- Corte Constitucional, sala plena, sentencia SU-1219, [Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinoza] (21 de noviembre de 2001).
- Corte Constitucional, sala primera de revisión, Sentencia T- 761, [Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa] (07 de octubre de 2011).
- Corte Constitucional, sala primera de revisión, sentencia T-474, [Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa] (13 de junio de 2011).
- Corte Constitucional, sala quinta de revisión, sentencia T-869, [Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil] (19 de octubre de 2006).
- Corte Constitucional, sala septima de revisión, sentencia T-1031, [Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett] (27 de septiembre de 2001).
- Corte Constitucional, sala tercera de revision, sentencia T-001, [Magistrado ponente: Jose Gregorio Hernández Galindo] (03 de abril de 1992).
- Corte Constitucional, sala tercera de revisión, sentencia T-774, [Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinoza] (13 de agosto de 2004).
- Cuéllar, N. L. (2002 de Diciembre de 2002). *¿Tutela contra tutela? Análisis a la luz del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional*. Obtenido de Revista de Derecho del Estado: <http://revistas.uextornado.edu.co/index.php/derest/article/view/835/791>
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2006). El Amparo Iberoamericano. *Estudios Constitucionales*(2), 39-65. Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/820/82040103.pdf>
- Garzón Buenaventura, E. F. (2016). Derechos innominados en el sistema interamericano. *Derecho constitucional*, 11-23. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v18i24.1520>
- Gómez, J. G. (21 de Julio de 2014). *Análisis Jurídico: Tutela contra sentencias de tutela y nulidad de fallos de la Corte Constitucional*. . Obtenido de La voz del derecho: <http://www.lavozdelderecho.com/index.php/opinion/analisis-juridico/item/2449-tutela-contra-sentencias-de-tutela-y-nulidad-de-fallos-de-la-corte-constitucional>

- Paz, M. C. (2012). Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano. *Gaceta Medica de Mexico*, 406-410.
- Presidencia de la República de Colombia. (04 de septiembre de 1991). Decreto 2067. “*Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*”. Bogotá D.C.
- Presidencia de la República de Colombia. (19 de Noviembre de 1991). Decreto 2591. *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*. DO: 40.165. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>
- Torres Ruda, Y. E. (2014). *La Acción de Tutela en Colombia: un estudio sobre sus transformaciones jurídicas (Tesis de grado, Universidad católica de Colombia)*. Obtenido de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2674/1/pdf%20LA%20ACCIÓN%20DE%20TUTELA%20EN%20COLOMBIA%20UN%20ESTUDIO%20SOBRE%20SUS%20TRANSFORMACIONES%20JURIDICAS.pdf>
- Véscovi, E. (2006). *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Vivas Barrera, T. G. (2012). El Amparo mexicano y la Acción de tutela Colombiana. Un ejercicio de derecho constitucional comparado en Latinoamérica. *Pensamiento jurídico*(33), 13-66. Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co/36820/1/37883-168738-2-PB.pdf>

CARACTERÍSTICAS Y PERSPECTIVAS DE LA TRANSITORIEDAD DEL ARBITRAJE NACIONAL COLOMBIANO COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS A LA LUZ DE LA LEY 1563 DE 2012

Berónica Narvárez Mercado¹
Patricia Osorio Coley²

Resumen

En Colombia el arbitraje data a partir de la Ley 105 de 1890, que facultaba a las personas para someter sus diferencias a la decisión de un árbitro, en ciertos casos pre establecidos por la ley y de acuerdo al procedimiento prescrito para tales situaciones. Los principios espíritu de la Ley 105 de 1890 en lo que concierne al arbitraje, han sido pioneros para legislaciones posteriores en la materia, siendo cimiento para la Ley 103 de 1923 y 105 de 1931, donde se tuvo en cuenta versar sobre el procedimiento para el tratamiento del proceso arbitral. Este investigación se trazó como objetivo general el analizar las características y perspectivas de la Transitoriedad del Arbitraje Nacional como Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos a la Luz de la Ley 1563 de 2012, inicio con la presentación de los antecedentes que enfocan algunas de las características distintivas del arbitraje nacional en Colombia, seguidamente abordo las teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, y los conceptos generales que ampliaron la comprensión del lector; de la misma forma se identificaron las características de los preceptos legales, normativos y jurisprudenciales que fijan y definen la transmisibilidad en el

1 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. Email: beronica.narvaez@cecar.edu.co

2 Especialista en Derecho procesal Civil y Abogada de la Corporación Universitaria del Caribe. Email: osorio.patricia@hotmail.com

arbitramento nacional colombiano, y la prospectiva principal de la ley 1563 de 2012 y su articulación inclusiva de cara a los limitantes materiales, para analizar lo referente a la transitoriedad del Arbitraje Nacional en Colombia. Se logró afirmar que en materia de arbitraje nacional, el nuevo Estatuto no estuvo dirigido a la variación de la normatividad existente, sino a la compilación de esta y al perfeccionamiento de ciertos conceptos y figuras.

Palabras clave: transitoriedad, perspectivas, arbitraje nacional colombiano, mecanismo alternativo de solución de conflictos y la ley 1563 de 2012

Abstract

In Colombia, arbitration dates back to Law 105 of 1890, which empowered individuals to submit their differences to the decision of an arbitrator, in certain cases pre-established by law and according to the procedure prescribed for such situations. The spirit principles of Law 105 of 1890 regarding arbitration have been pioneers for subsequent legislation on the matter, being the foundation for Law 103 of 1923 and 105 of 1931, where it was taken into account to deal with the procedure for the treatment of the arbitration process. The general objective of this research was to analyze the characteristics and perspectives of the Transition of National Arbitration as an Alternative Dispute Resolution Mechanism in the Light of Law 1563 of 2012, beginning with the presentation of the background that focuses some of the distinctive characteristics of national arbitration in Colombia, followed by the theories on the legal nature of arbitration, and the general concepts that broadened the reader's understanding; In the same way, the characteristics of the legal, normative and jurisprudential precepts that establish and define transmissibility in Colombian national arbitration were identified, as well as the main perspective of Law 1563 of 2012 and its inclusive articulation with respect to material limitations, in order to analyze the transitory nature of National Arbitration in Colombia. It was possible to affirm that in the matter of national arbitration, the new Statute was not directed to the variation of the existing regulations, but to the compilation of these and to the improvement of certain concepts and figures.

Keywords: transience, perspectives, Colombian national arbitration, alternative dispute resolution mechanism and Law 1563 of 2012.

Introducción

Hablar del origen del arbitraje para la doctrina es encumbrar hacia la época primitiva, donde las personas estaban llamadas a someter sus diferencias a la decisión de un tercero en razón de carecer de un sistema judicial organizado. Se dice que en Atenas en la antigua Grecia, al surtirse controversias entre personas, la costumbre era concurrir a los tesmotetes, quienes poseían facultades de tribunales de Justicia y por ende conocían de las diferencias y controversias; con fundamento en ello podían exponer soluciones que lograran que las partes llegaran a un acuerdo definitivo. En la Edad Media el arbitraje era el tribunal para solucionar los conflictos entre personas de diversas clases: Señores feudales, comerciantes y artesanos. Todos sometían sus diferencias a este tribunal, o se dirigían directamente al Rey para que decidiera sobre la contienda. Muy a pesar que se fusionaron sistemas como el germano y el romano en la creación de tribunales arbitrales, a finales de la Edad Media el arbitraje se desplomó quedando en desuetud dado que los jueces podían ser árbitros, razón por la que las personas estimaron preferir someter a ellos sus disputas o controversias.

En sus orígenes, cabe destacar que el arbitraje funcionaba de manera *ad dohc*. El arbitraje en legislaciones como la Ley 103 de 1923 y 105 de 1931, tuvo como fuente el compromiso; la Ley 2 de 1838 autorizo la cláusula compromisoria; la Ley 28 de 1931 instituyó a las Cámaras de Comercio como Tribunal de Comercio para resolver las diferencias que creaban fricción entre comerciantes, en calidad de árbitro o amigable componedor; con posterioridad el Decreto 864 de 1953 concede al Procurador General de la Nación, la potestad de vigilar el funcionamiento de los Tribunales de Arbitramento, condición incluida de forma exacta en el Código de Procedimiento Civil de 1970; con posterioridad el Decreto 2279 de 1989, derogo lo referente al arbitraje del Código de Procedimiento Civil y Código de Comercio, implantando un nuevo procedimiento sobre la materia y las consignas arbitrales; mas sin embargo, la Ley 23 de 1991 recoge y ajusta nuevamente dichas disposiciones sobre arbitraje avistadas en estos dos códigos, derogando así el Decreto 2279 de 1989; con sucesión del Decreto 446 de 1998 que regula todo lo concerniente al procedimiento arbitral; y finalmente se crea la Ley 1563 de 2012, quien recopila de manera ordena todo lo concerniente al arbitraje brindando mayor utilidad de la superación histórica de la administración de justicia de manera privada.

Teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje

Para muchos doctrinantes, la naturaleza jurídica del arbitraje les resulta lo bastante confusa, debido que en su opinión y crítica no se consigue claramente ubicar el arbitraje dentro de la división del derecho positivo de forma específica en la rama del derecho público o por contrario en la rama del derecho privado. Atendiendo a esta discusión doctrinal de tipo conceptual sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, se presentan las siguientes corrientes:

Teoría Contractualista

Esta tesis también llamada privatista pura, defiende que el arbitraje gravita en un contrato basado en la voluntad de las partes, que encomiendan el arreglo de sus diferencias a un tercero neutral, llamado árbitro. Otorgando al arbitraje el carácter contractual y, por tanto, privado. Esta teoría contractual, habla entonces de un pacto arbitral (Monroy, C. 1982) que discurre al árbitro como mandatario de las partes, donde el laudo arbitral que dicte no tiene carácter de sentencia, puesto que, aparece como una simple ejecución del mandato por el compromisario.

Los que avalan esta tesis, afirman que los árbitros no realizan funciones propias de administración de justicia, comprendidas entre tales actividades: La aptitud de juzgar y hacer justicia, por ende, el laudo, pese a que se semeje a sentencia, no es su equivalente. (Echeverri, 1999) Dicha teoría surge de la premisa que la función jurisdiccional es considerada como propia de la esencia de la autoridad y el poder estatal, como una de las manifestaciones de los magistrados. (Caivano, 2000).

Teoría Jurisdiccional

Esta corriente también llamada Tesis Publicista Pura, sostiene que el arbitraje es una institución de esencia procesal, por ende de orden público. Posee carácter de juicio, por ende en esta teoría se contempla que el árbitro cumple con la función de juez y su laudo si se equipara a la sentencia emitida por el juez, Autores como Fenech, Alcalá Zamora, Carreras, Serra y Montes argumentan que la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de la cosa juzgada, obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad y que además la excepción procesal para hacerla valer es la de cosa juzgada, además aluden que los árbitros gozan de “autoritas” no de “potestasy por tanto su esencia es de naturaleza jurisdiccional. Bajo este principio, se afianza que la función jurisdiccional otorgada a los Tribunales estatales instituido por ley,

es ejercida de forma excepcional y temporal por los jueces privados que son los árbitros (Monroy, C. 1982).

Teoría Ecléctica

La tesis Ecléctica o mixta es defendida por Carnelutti y Prieto Castro. Según Carnelutti el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional” ya que a través de él se pueden obtener los mismos objetivos que por la jurisdicción civil. Para la Dra. María de los Ángeles Nahid Cuomo, la teoría mixta o también llamada conciliadora considera el arbitraje como una institución *sui generis*, de naturaleza mixta o híbrida, en la que conviven, como un todo indisoluble, el origen contractual del mismo y la teología jurisdiccional que explica su aparición, institución contractual por su origen, procesal por sus efectos.

Teoría Autónoma

El doctrinante peruano Ulises Montoya, plantea la existencia de una nueva teoría denominada Teoría Autónoma que es desarrollada por la francesa Madame Rubellin Deviche, dicha corriente divulga que el arbitraje es autónomo por el uso y su propósito, por lo que no puede ser considerado como contractual, jurisdiccional y menos mixto por no estar de acuerdo con la realidad, pues al arbitraje hay que mirarlo *per se*, es decir cómo es, en qué consiste, la forma y modo como funciona, las leyes que se han dictado para ayudar y facilitar su desenvolvimiento. (Moreno Baldivieso, 2000)

Arbitraje

Definición Básica de Arbitraje según el Diccionario Enciclopedia, la definición de arbitraje proporcionada por el Diccionario Jurídico Elemental es: La acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral. Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o un asunto. Este autor desarrolla el concepto de arbitraje como:

Método extra jurisdiccional de resolución de conflictos que se plantea no sólo en el marco de las relaciones mercantiles o jurídico-civiles, sino también en el tráfico jurídico en masa, mediante la autonomía de la voluntad de las partes, quienes pactan un convenio arbitral. El arbitraje se rige por el sistema monista, es decir, con una regulación común, salvo excepciones. Se caracteriza por el sometimiento de las partes al proceso

arbitral, así como a la decisión final de los árbitros designados en la forma prevista en la ley.

El arbitraje puede realizarse en equidad o en Derecho: 1) En equidad: basa su fundamento en el leal conocer y entender del individuo que, actuando como árbitro, escuche a las partes, 2) En derecho: este tiene un carácter preferente, salvo acuerdo entre las partes, requiere que el árbitro sea un abogado en ejercicio. La definición de Arbitraje por el Diccionario Terminológico de Arbitraje Nacional e Internacional:

El arbitraje constituye un método de solución extrajudicial de controversias cuyo origen se sitúa en la voluntad de las partes, que, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado «convenio arbitral», confían la solución de un litigio a un tercero imparcial (árbitro) elegido, directa o indirectamente por ellas mismas. El arbitraje, como proceso que es, se basa en el derecho de defensa de las partes y en el principio de igualdad. Las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes.

El Concepto manejado en Antecedentes judiciales mexicanos, elogiado por Francisco González de Cossio:

El arbitraje es una convención que la ley reconoce y que, por cuanto implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, tiene una importancia procesal negativa. Ese contrato es el llamado de compromiso, y en virtud de él, las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares; de ese modo, se sustituye el proceso con algo que es a fin a él, en su figura lógica, supuesto que en uno y otro casos, se define una contienda mediante un juicio ajeno; sin embargo, el árbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral, no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva.” (Semana Judicial, s.f)

De otro lado Caivano, define el arbitraje como un sistema de resolución de conflictos. Dice que es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales. (Salazar P, 2004). Por su parte Leonardi Herbon, admite el arbitraje como método de solución de controversias mediante

el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales. Para Fernando Vidal Ramírez el arbitraje tiene como supuesto un conflicto ínter subjetivo de intereses que resulta de una pretensión a la que se le opone rechazo. Así planteado el conflicto se hace necesario solucionarlo y para esta solución el Estado otorga directamente la tutela jurisdiccional o la delega, a fin de que las mismas partes del conflicto nominen al árbitro o árbitros a los que confieren la facultad de dirimir la controversia. De este modo, el arbitraje se constituye en un medio de solución de conflictos alternativo al Poder Judicial y con características muy propias y diferenciales de otros medios de solución. (Vidal, 2006). Fernando Vidal, concibe el arbitraje como un medio de solución de conflictos alternativo al Poder Judicial, es decir, alternativa a los tribunales ordinarios de justicia. Fernando Rodríguez Mendoza, es contradictorio en ese aspecto, el establece que la figura jurídica del arbitraje no debe concebirse como una alternativa a la justicia ordinaria, porque justicia no hay más que una, sino como un mecanismo que viene a complementarla o incluso a facilitarla.

Finalmente se trae a colación el concepto del tratadista Patricio Aylwin Azocar, quien define el arbitraje como “aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones.” (Monroy Cabra, 1982)

El arbitraje como método heterocompositivo para la resolución de los conflictos

Permite que las partes en contienda faculten a un árbitro o tribunal la autoridad de resolver la controversia, mediante el pronunciamiento de una decisión denominada laudo arbitral. Para la doctrina en cuestión de resolución de conflictos reconoce dos grandes sistemas de respuesta, el de autocomposición y el heterocomposición, este último está compuesto por aquellos medios en los cuales las partes enfrentadas someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la autonomía de la voluntad de las partes.

El Artículo 1º de la ley 1563 de 2012, define el arbitraje como:

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre

disposición o aquellos que la ley autorice. El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción. El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico. En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho. La jurisprudencia ha determinado conforme a la Constitución política, que el arbitramento es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte. (Sentencia C-242 de 1997).

La Constitución política de Colombia de 1991, en su artículo 116 (inciso 4), determina quienes ejercen funciones de administración de justicia:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

De acuerdo a lo descrito, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la calidad árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. El artículo 116 de la Constitución Política junto con la Ley 446 de 1998, desarrolla la figura del arbitramento, entendido como un mecanismo alternativo de solución de controversias mediante el cual las partes involucradas resuelven voluntaria y libremente sustraer de la justicia estatal la solución de un conflicto, a fin de que un tercero particular, revestido temporalmente de función jurisdiccional, adopte una decisión de carácter definitivo y vinculante para las partes. Los árbitros se pronuncian sobre los hechos que dieron lugar a la controversia, resuelven las pretensiones de las partes, practican y valoran las pruebas, resuelven el litigio con fundamento en

los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad, y sus decisiones hacen tránsito a cosa juzgada. Por estas razones, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la decisión arbitral es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial. Cabe anotar, tal como lo ha sostenido la Corte, que: además, estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior sino también en otros principios y valores constitucionales.

Evolución de los Fundamentos Normativos del Arbitramento

Se dice que el arbitraje en Colombia tiene su alba en la Ley 105 de 1890, donde se facultaba a los árbitros para conocer de controversias que surgieran entre personas capaces de transigir, en los casos que se encontrare permitida la transacción y de acuerdo a lo señalado para su procedimiento en la Ley. Pero, más allá de la influencia colonial, y las consignas desarrolladas dentro de esta ley, se citará el tránsito evolutivo, iniciando con el Decreto 2279 de 1989, la ley 23 de 1.991, el Decreto 2651 de 1.991, la ley 270 de 1.996, la ley 446 de 1.998, el Decreto 1818 de 1998 y la Ley 1563 de 2012.

Jurisprudencia que fija y define la Transigibilidad en el Arbitramento Nacional colombiano

Seguidamente de la evolución normativa señalada, se busca hacer una breve reconstrucción de algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional frente al carácter de transigibilidad en el arbitramento colombiano. Sentencia C-060 de 2001, fundamento 3:

El arbitraje es un mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los administrados puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento “un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes”. “(iii) Además el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida a lo que los árbitros plantean. (iv) Es también de naturaleza excepcional pues la constitución impone límites materiales a la figura, “de suerte que no todo problema jurídico puede ser objeto de laudo” ya que es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un

particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas.

Con base a esa naturaleza excepcional, se hace posible hablar del carácter transigible del arbitramento. Sentencia C-226 de 1993: Por regla general se puede transigir sobre todo aquello que se puede disponer (...) El arbitramento debe referirse a bienes o derechos patrimoniales de que puedan disponer las partes libremente... (Sentencia C-226 de 1993). El Código civil, habla de la capacidad de transigir, haciendo referencia en la exigencia de que quien acuda a los medios de resolución alterna debe tener la capacidad plena, de disposición sobre los bienes jurídicos objeto de litigio, que además deben recaer sobre materias transigibles. (Código Civil Colombiano, art.2470). La Sentencia C-098 de 2001

Se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible - capacidad legal de disposición -. "Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes.

La Sentencia T-017 de 2005: Necesaria transigibilidad del objeto litigioso: pretensiones de "contenido económico y carácter patrimonial" (Sentencia T-017 de 2005) y "La justicia arbitral solo puede decidir sobre aquellos asuntos susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 08 de 2000, Exp. 16973).

La Sentencia T-288 de 2013, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, una providencia judicial adolece de un defecto orgánico cuando el funcionario judicial que la profirió carece absolutamente de competencia para resolver el asunto. En materia arbitral el defecto orgánico adquiere unas características especiales, ya que la conformación de un tribunal de arbitramento es de carácter temporal, por lo que está sujeta a la resolución de determinadas materias

y depende de la voluntad de las partes. En este punto es importante tener en cuenta el principio kompetenz-kompetenz, en virtud del cual los tribunales de arbitramento tienen un margen autónomo de interpretación para determinar el alcance de su propia competencia, de modo que incurrirán en un defecto orgánico solamente cuando han “obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen, o en la Constitución y la ley, al pronunciarse sobre materias no transigibles. El principio kompetenz-kompetenz (El mencionado principio se traduce de la doctrina alemana como Principio de la competencia-competencia) goza de reconocimiento uniforme a nivel del derecho comparado, pues ha sido consagrado en numerosas legislaciones nacionales, en convenciones internacionales que regulan temas de arbitramento, en las reglas de los principales centros de arbitraje internacional y en la doctrina especializada en la materia, así como en decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales.

Evidentemente y tal como lo sostiene la Corte en la Sentencia C-330 de 2012: El arbitramento es excepcional.

La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas.

Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -v.g. derechos mínimos de los trabajadores-, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes como “la fijación del estado civil, las cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer. La Sentencia C-060 de 2001 en Relación a la Transigibilidad indica:

La colaboración prestada por los particulares en la administración de Justicia tiene un claro fundamento en la Constitución, sin embargo dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, el arbitraje solo puede tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos los son. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia puede ser trasladado a la Justicia arbitral.” (Sentencia T-057 de 1995)

De acuerdo con la Sentencia C-060 de 2001, no se considera de carácter transigible: El Estado civil de las personas, que está constituido por un conjunto de situaciones jurídicas que relacionan a cada persona con la familia de donde proviene, o con la familia que ha formado, y con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad. En relación con la familia de donde proviene una persona, se puede afirmar de ella si es hijo legítimo o extramatrimonial; respecto a la familia que forma, puede afirmarse si es casado o soltero; y en relación con ciertos hechos fundamentales de la personalidad de cada ser humano, podemos decir si es varón o mujer (sexo), si es mayor o menor de edad, si vive aún o ha muerto, ni los Derechos Fundamentales que son aquellos Derechos inherentes a la persona humanos, ni los derechos de los incapaces. Se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Dicha libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho.

Prospectiva de la ley 1563 de 2012 y su articulación inclusiva de cara a los limitantes materiales

Con la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012, se logra una transición de la justicia pública a la justicia privada, el arbitraje nace entonces como la posibilidad a través de la cual los particulares consiguen administrar justicia, dado, que se les confiere la atribución de resolver conflictos jurídicos, previo acuerdo de voluntades entre las personas que discuten en derecho. Piso jurídico atribuible al artículo 116, inciso 4to de la Constitución política, dado que brinda las herramientas jurídicas a través de las cuales los ciudadanos son investidos de la función de impartir justicia

de manera ocasional en calidad de conciliadores o árbitros. La colaboración prestada por los particulares en la administración de Justicia tiene claro fundamento en la Constitución.

Hablar de Autonomía de la libertad, es la oportunidad de escogencia entre la Justicia Permanente o la Transitoria, y, por regla general también se puede escoger la calidad del arbitramento: Derecho, equidad o técnico, no pudiendo además ser de consagración forzosa lo que la diferencia de la institución de la conciliación.

La nota característica de este instituto, requisito de la propia Constitución impone y que la jurisprudencia constitucional ha resaltado, está en que los sujetos en controversia o que prevean que pueden llegar a estarlo, determinen autónoma y voluntariamente que su diferencia no será decidida por el Estado a través de sus jueces, si no por un particular a quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias-poder habilitante de las partes-.

Es, en este contexto, en donde el arbitramento adquiere su condición de mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pues son las partes las que voluntariamente y sin apremio alguno, deciden no hacer uso del aparato de justicia estatal, a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal curso de acción, y no de una imposición que afecte su libertad negocial”. (Sentencia C-060 de 2001). Carácter Transigible: “...Por regla general se puede transigir sobre todo aquello que se puede disponer (...) El arbitramento debe referirse a bienes o derechos patrimoniales de que puedan disponer las partes libremente...” (Sentencia C-226 de 1993). La Solución Está en Manos del Árbitro o Tribunal (Según el caso): Se diferencia técnicamente de la conciliación, ya que en la misma la solución proviene de las partes con intervención de un neutral que las oriente, contrarios sensu, en el arbitramento la solución es tomada por el árbitro o tribunal. EL Fallo Adoptará la Denominación de Laudo: Bajo éste entendido, empero se puede apreciar que el laudo al ser una expresión de la actividad judicial puede y debe elevarse a la calidad de aquella providencia judicial de fondo; es decir la sentencia...”. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Diciembre de 2005). Por otro lado, en razón de que los árbitros -como los jueces ordinarios- deben (i) cumplir con términos perentorios y (ii) que sus pronunciamientos están sometidos a la revisión eventual por parte de otras autoridades además de contar con el poder vinculante de cualquier *sentencia*.” (Sentencia C- 060 de 2001). Por lo tanto, el laudo no puede ir en contra del ordenamiento jurídico y

es susceptible de control de legalidad y de constitucionalidad. Debiendo señalar que es posible tutelar por vías de hecho un laudo arbitral, el ciudadano puede recurrir a la acción de Tutela, invocando la existencia de una vía de hecho, con el objeto de restituir la integridad de los derechos Fundamentales vulnerados. De Aplicación Excepcional: La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo.

El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas.

Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -v.g. derechos fundamentales de los contratantes, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes como “la fijación del estado civil, las cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer (Sentencia C-060 de 2001). El arbitramento es de carácter temporal, el proceso arbitral, está investido del poder de administrar justicia, habilitado por las partes, pero no por ello las atribuciones judiciales conferidas pueden tornarse de manera indefinida, dada que su naturaleza se deriva de una jurisdicción meramente transitoria y excepcional. (Sentencia T 057 de 1995). Es una Institución de Orden Procesal: Lo cual significa que el arbitramento, “garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros” (Sentencia C-330 de 2000).

Clasificación del Arbitraje según el fallo

En Derecho, se dice que si las partes no determinan el tipo de arbitraje será en Derecho, es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente; la nueva Ley estableció que,

cuando una parte es entidad pública o ejerce funciones administrativas el laudo debe proferirse en derecho. En Conciencia o Equidad: es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad y Técnico: Este arbitraje dentro de la nueva ley de arbitramento, es concebido como un mecanismo al que las partes pueden acudir sin tener que hacerlo en un centro de arbitraje. El artículo primero, de la ley en estudio, trajo consigo una variación significativa en relación a lo contemplado en la normatividad anterior, al determinar que la existencia de la decisión arbitral o laudo, puede ser en derecho, en equidad o técnico y no el arbitraje como tal

Clases de Arbitraje Según el tribunal que lleve a cabo el Procedimiento Aplicable dentro del proceso arbitral

El Arbitraje Ad Hoc: Aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas del procedimiento aplicables en la solución de su conflicto. El Arbitraje Institucional: Aquel en que las partes se someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje y El Arbitraje Legal: Aquél cuando a falta de dicho acuerdo el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes. Con la Ley 1563 de 2012, a través de su artículo 2, se definió la distinción sobre las Clases de arbitraje. En primer lugar, se señaló el arbitraje ad hoc, textualmente como lo expresa el contenido del artículo, es el conducido directamente por los árbitros, y en segundo lugar, se señaló, el arbitraje institucional que es el administrado por un centro de arbitraje. De la misma manera, continuó abierto a resaltar, que a falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guardaren silencio, el arbitraje será institucional. El arbitraje institucional será entonces, aquel que se despliega conforme al reglamento establecido por un centro de arbitraje, mientras que el arbitraje ad hoc o independiente es aquel en el cual las partes resuelven el conflicto conforme a las normas por ellas mismas acordadas, sin la presencia de un reglamento de un centro de arbitraje.

Después de la ley 446 del 98 existían tres clases de arbitraje, el legal cuyo procedimiento era el previsto en la ley, el institucional cuyo procedimiento era el previsto por los centros de arbitraje y el arbitraje independiente cuyo procedimiento era el regulado por las partes con infinidad de limitaciones de las decisiones de la Corte Constitucional frente a la materia, es decir, que esta clasificación existía y dependía del tipo del procedimiento; la nueva ley, 1563 de 2012, lo que dice es que las clases de arbitraje ya no dependen de la fuente y tipo de procedimiento, ahora lo que va a determinar las clases de arbitraje es si se acude o no a

un centro de arbitraje. Adicionándose que cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la misma ley para el arbitraje institucional.

El proceso arbitral institucional, se extiende al artículo 58 de la ley en estudio, visibilizando, reglas de procedimiento, en miras a que los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa, y la igualdad de las partes. El legislador quiso quitarles el monopolio de los procesos arbitrales a los centros de arbitraje, para que hubiese procesos de arbitraje de árbitros particulares.

Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la **valoración de las pruebas aportadas**, y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros (Corte Constitucional, 2000)

Dentro de los presupuestos básicos de la efectividad y ventajas que desarrolló la estructuración y expedición de la ley 1563 de 2012, se encuentra que la Celeridad en la resolución de conflictos; dado que los Tribunales son conformados para resolver un sólo conflicto, y se les concede un plazo determinado para concluir las etapas y obtener una decisión, reduce los costos de transacción asociados a los tiempos excesivamente largos de las decisiones de la justicia permanentes, las partes se hallan facultadas para seleccionar o escoger su propio juez, esta es una clara ventaja, dado que concibe una mayor confiabilidad en quienes dirimen el conflicto, puesto que han sido las mismas partes quienes decidieron su elección frente a los árbitros en razón de su formación o experiencia, lo que conllevaría a un mayor respeto y mejor ánimo de acatar la decisión impartida, la decisión del tribunal arbitral laudo puede ser más acertada que la decisión de una autoridad judicial como lo es la sentencia, debido a que las partes pueden elegir a los árbitros, lo que permite que estas elijan personas expertas en la materia; con dominio y conocimiento del tema objeto de la controversia, una

mayor seguridad jurídica, con relación a la tendencia del respeto por el “precedente arbitral” por parte de cada uno de los centros de arbitraje, mientras que en la justicia permanente el precedente solo es aceptado en la jurisdicción constitucional a nivel de doctrina constitucional, la confidencialidad del proceso arbitral, en razón a que el conflicto se resuelve de manera privada, “representa un indudable aspecto positivo, especialmente para sujetos que no pretenden divulgar noticias sobre sus asuntos económicos”. (Taruffo, 2008), el proceso arbitral goza de una plena intermediación, debido a que los árbitros conocen de cerca a las partes, el conflicto como tal, y practican personal y de manera conjunta las pruebas, actos estos, que facilitan que se tenga una mayor apreciación directa de ellas.

La vinculación de los garantes no signatarios del pacto en especial, a las compañías de seguros al proceso arbitral, con el fin de evitar que las reclamaciones frente a ellos se tuvieran que resolver en un proceso distinto. Es decir que se da el llamamiento en garantía, tal como lo establece el Parágrafo 1ro del artículo 37 de la ley de arbitraje, donde se permite la intervención de terceros en llamamiento en garantía de un contrato que tiene pacto arbitral, quedando vinculado a los efectos del mismo, el trámite de la anulación de la decisión o laudo arbitral es mucho más expedito, más rápido, las causales son mucho más aterrizadas a la realidad actual, y en cuanto a los efectos que puede tener la anulación también es positivo. Cabe destacar la compilación ordenada y elocuente frente a las disposiciones relativas a la materia de arbitraje, con secuencia lógica y esquemática; poniéndose en valor el aporte conceptual que facilita el manejo y estudio de la normatividad. Existe una garantía constitucional de acceso a la Justicia en Colombia, pero no connota esto que globalizadamente todas las disputas entre particulares deban en todo caso ser resueltas por los jueces. Tal como se ha esbozado en párrafos anteriores, el artículo 116 de la Constitución política de Colombia, garantiza la existencia de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, como la conciliación o el Arbitraje, los cuales pueden ser ampliados por el legislador, constituyéndose así en una vía útil, en ciertos casos, para descongestionar la administración de justicia.

Es relevante señalar que la Carta política establece un régimen democrático participativo, que propicia la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos. Y es aquí donde surge un claro interrogante para la Corte: ¿Hasta qué punto puede la Ley

obligar a una persona a renunciar acceder a la administración de justicia a fin que se resuelva su litigio por un mecanismo alternativo? Frente a tal interrogante la Corte responde:

Se hace necesario armonizar, con base en los principios constitucionales, los mandatos contenidos en el artículo 116 de la Carta, que prevé los mecanismos alternativos, y el artículo 229, que garantiza a toda persona el derecho a acceder a la administración de justicia. Así las cosas y teniendo en cuenta que Colombia es una Democracia Participativa, bien puede la Ley favorecer que sean las propias personas quienes soluciones directamente sus problemas, por ejemplo estableciendo que estas deben intentar previamente la conciliación de sus diferencias antes de acudir a los jueces.

En efecto, si esa instancia consensual permite que las partes acuerden una solución satisfactoria para su litigio, en nada se ha vulnerado el derecho a acceder a la justicia ya que las personas han accedido a una solución justa para su controversia. Sin embargo, en la medida en que toda persona tiene derecho a acceder a la administración de justicia, estos estímulos legales al uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos no pueden llegar al extremo de bloquear o afectar de manera desproporcionada la posibilidad de una persona de llevar su controversia ante los jueces. Así, como en la Carta Política nada se opone a que la ley consagre como requisito de procedibilidad, para que se pueda demandar judicialmente en ciertos ámbitos el que la persona haya intentado la conciliación previamente, sin embargo esa exigencia puede tornarse inconstitucional en determinados casos, si llega a implicar un obstáculo extremadamente gravoso para el individuo lleve su caso ante los jueces. Eso puede suceder por ejemplo: Si se obliga a la persona a intentar previamente la conciliación, pero sin que la ley prevea la interrupción de los términos de caducidad cuando la persona acude a la instancia conciliadora, ya que si los términos de caducidad son cortos, de esa manera de impedir el acceso a Justicia, con lo cual se estaría trasgrediendo el artículo 229 de la Constitución.” (Sentencia C-242 de 1997). De otro lado, la Figura del Arbitramento, contribuye a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad, del aparato estatal de administración de Justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de conflicto. (Sentencia C-098 de 2001).

El arbitramento debe aceptarse y entenderse como una institución al que el constituyente le reconoció una función fundamental dentro la administración de Justicia, pues son mecanismos a los que se puede recurrir opcionalmente para poner fin a las controversias, sin intervención directa del Estado, lo que permite no solo la descongestión del aparato de Justicia si no la participación activa de los particulares en definición de los conflictos, materializando así el régimen democrático participativo que diseño el constituyente. En este orden de ideas, es perfectamente posible que el legislador estimule la resolución de conflictos, directamente por los propios afectados, por medio de figuras como la conciliación o la amigable composición, o por terceros que no sean jueces, como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas y comunitarias.” (Sentencia C-163 de 1999). Se tiene que excepcionalmente las autoridades administrativas pueden ser investidas legalmente de la función de administrar justicia en las materias específicamente previstas en la Ley, siempre y cuando esta habilitación no implique la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos. Razón por la cual a los particulares le queda totalmente vedado a los particulares ejercer justicia en calidad diferente a la de conciliador o árbitro; tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional en su jurisprudencia, esta facultad es esencialmente ocasional o transitoria.

Conclusiones

Se ha logrado analizar que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos de carácter transitorio. El sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia. El Arbitraje es un mecanismo de carácter temporal o transitorio, excepcional, voluntario, una institución de orden procesal, goza del principio de voluntariedad, es una figura procesal, y un verdadero procedimiento judicial en sentido material y tiene un carácter consensual, esto es, se basa en la cultura del acuerdo, al tratar de impedir la confrontación directa entre los interesados y la ruptura, sin duda traumática, del negocio. Al escoger

el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales ordinarios.

Existe un debate doctrinal en torno a la naturaleza del arbitraje, que ha dado lugar al surgimiento de diferentes teorías: a) las denominadas Contractualista o privatistas, que ponen el acento en el acuerdo de voluntades que da origen al convenio arbitral, como manifestación de autonomía de la voluntad, equiparable a lo que sucede en cualquier contrato; b) las jurisdiccionalista o procesalistas que asimilan las funciones de los árbitros a las del órgano judicial, sobre todo, basándose en los paralelismos en cuanto a los efectos que producen los laudos arbitrales con respecto a las sentencias jurisdiccionales; las intermedias o sincréticas, que mezclan las dos anteriores. El arbitraje como mecanismos alternativo de solución de conflictos no sustituye el sistema jurisdiccional pero si lo complementa. Las alternativas privadas para la solución de conflictos no deben ser impuestas unilateralmente por el estado con el objeto de dar solución a problemas estructurales que apremian a la administración de la justicia.

Referencias

- Benetti Salgar, Julio (1994). *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*. Temis, Bogotá.
- Cavaino J. Roque (2000). *Arbitraje*, Editorial Ad Hoc, Segunda edición, Buenos Aires, pp.915.
- Collantes González, Jorge Luis. (2007). Palestra Editores-Estudio, Segunda Parte, Freyre. Lima, pp. 317-319.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 08 de 2000, Exp. 16973
- Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 2-116-229, entre otros. Julio 7 de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-226 de 1993. (M.P. Alejandro Martínez Caballero: Junio 17 de 1993).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-247 de 1994. (M.P. Alfredo Beltrán Sierra: abril 21 de 1994).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 057 de 1995. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Febrero 20 de 1995).

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-294 de 1995. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Julio 26 de 1995).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 242 de 1997. (M.P. Hernando Herrera Vergara: Mayo 20 de 1997).
- Corte Constituciona de Colombia. Sentencia C-163 de 1999. (M.P. Alejandro Martínez caballero: Marzo 7 de 1999).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 672 de 1999. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: Septiembre 9 de 1999)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 330 de 2000. (M.P. Carlos Gaviria Díaz: Marzo 22 de 2000)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-060 de 2001. (M.P. Carlos Gaviria Díaz: Enero 24 de 2001)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098 de 2001(Martha Satchica Mendez: Enero 31 de 2001)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-121 de 2002, (M.P. Jaime Cordoba Triviño: Febrero 22 de 2002)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038 de 2002. (M.P. Eduardo Montealegre Lynett: Noviembre 28 de 2002)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-017 de 2005. (M.P. Rodrigo Escobar Gil: Enero 20 de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 961 de 2006. (Rodrigo Escobar Gil: Noviembre 22 de 2006).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-790 de 2010. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt: Octubre 1 de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 de 2012. (M.P. Humberto Sierra Porto: Mayo 9 de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-288 de 2013. (M.P. Jorge Pretelt Chajub: Mayo 20 de 2013).
- Cuomo, Maria de los Ángeles (2005). *Apuntes de Derecho Internacional Privado*, de la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra (U.P.S.A.), Santa Cruz-Bolivia.
- Decreto 864 de 1953.

- Decreto 2279 de 1989. Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones. Octubre 7 de 1989. Diario Oficial No. 39.012.
- Decreto 2651 de 1.991. Por el cual se expiden normas transitorias para Descongestionar los Despachos Judiciales. 25 de Noviembre de 1991. Diario Oficial 40177.
- Decreto 1818 de 1998. Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Septiembre 7 de 1998. Diario Oficial 43380.
- Escudero Álzate, María Cristina (2013). Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Leyer.
- González de Cossio, Francisco.
- Gil Echeverri, Jorge Hernan (1999). Citando a Chiovenda y Betti, *en el Nuevo Régimen de Arbitramento*, Editorial Cámara de Comercio de Bogota, Bogota, pp. 24
- Hinojosa Segovia, R (2006). *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Ley 105 de 1890. Por la cual se dictan normas sobre la Cámara de Comercio. Febrero 23 de 1931. Diario Oficial No. 21.624.
- Ley 103 de 1923. Sobre Organización Judicial y Procedimiento Civil. Diciembre 5 1924. Diario Oficial No. 19498 a 19509.
- Ley 105 de 1931. Sobre la organización judicial y procedimiento civil. Octubre 24. Diario Oficial No 1.823.
- Ley 28 de 1931. Sobre Cámaras de Comercio. Febrero 23 de 1931. Diario Oficial No. 21.624.
- Ley 23 de 1.991. Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones. Marzo 21 de 1991. Diario Oficial 39752.
- Ley 270 de 1.996. Estatutaria de la Administración de Justicia. Marzo 15 de 1996. Diario Oficial 42745.
- Ley 446 de 1.998. Se adoptan normas del decreto 2651 de 1991. Julio 8 de 1998. Diario Oficial 43335.

- Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. Diario Oficial No. 48.489.
- López Blanco, Hernan (1999). *Instituciones del Derecho Procesal Civil Colombiano*, Dupre Editores, Bogotá, pp 795-796.
- Lorca Navarrete, Antonio María (1989). *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*, Editorial Techno, Madrid-España.
- Monroy, Cabra, Marco Gerardo (1982). *Arbitraje Comercial*, Editorial Temis, Bogota-Colombia, pp. 3-6-7
- Moreno Baldivieso, Ramiro (2000), *El Arbitraje Comercial en Bolivia*, La Paz-Bolivia, pp.12
- Oppetitt, B. (2006). *Teoría del Arbitraje*. Traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Legis Editores, Bogotá.
- Quintero, Beatriz & Prieto, Eugenio (2000). *Teoría General del Proceso*. Temis, Bogotá, Temis, pp. 10.
- Rodríguez Mendoza, Fernando (2004). *Procedimiento Arbitral*, Editorial El País, Santa Cruz-Bolivia.
- Rodríguez Mendoza, Fernando (2008). *El Procedimiento Arbitral, ponencia preparada para el Primer Ciclo de Conferencias de Arbitraje Comercial*, organizado por la CAINCO y la UPSA.
- Salazar Paredes, Fernando (2004). *Derecho Internacional Privado Boliviano*, Editores Plural/CERID, La Paz-Bolivia, pp.546
- Sanín Escobar, Laura. (2012). *Cambios, novedades y disposiciones relevantes en el nuevo estatuto de arbitraje nacional e internacional, ley 1563 de 2012*. Universidad EAFIT, Facultad de Derecho. Medellín.
- Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tercera Sala, Tomo XXXVIII, pp.800
- Thomson & Aranzadi. (2004). *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona.
- Vidal Ramírez, Fernando, www.amcham.org.pe
- Video. *Mesa redonda sobre el estatuto de Arbitraje*. (Antonio Pabón & Carlos Mayorca & Henry Sanabria). www.pablomendietapazs.blogspot.com

JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y MORALIZACIÓN DEL DERECHO, UN RETO PARA LOS CONSULTORIOS JURÍDICOS EN COLOMBIA

Alonso Cortina Acevedo¹

Resumen

Este ensayo reflexivo trato de presentar la judicialización de la Política y la moralización del derecho, como un reto para los consultorios jurídicos en la medida en que son dos fenómenos que representan un giro copernicano en cuanto a la práctica del derecho, toda vez que, exigen que el abogado en Colombia, asuma por ideología constitucional la carga de pensar las soluciones de la peor crisis Política que haya podido atravesar el país en su historia reciente, es así, que actualmente el abogado debe tener las competencias necesarias para resolver conflictos utilizando la Constitución Política como norma, es decir, debe ser competente en el dominio de la axiología y la política en su total complejidad, la cual se manifiesta desde el que hacer de la enseñanza y práctica de éstas disciplinas como ciencias sociales. A través de una investigación jurídica, descriptiva con un enfoque cualitativo, cuyo objetivo y problema jurídico se centró en la búsqueda de la justicia y protección de los derechos fundamentales, frente a la judicialización de la política y moralización del derecho, como un reto para los Consultorios Jurídicos en Colombia, el cual se verá en ocasiones abocado a apartarse de la ley dando un salto argumentativo para afianzar su decisión basada en la Constitución. Cuya investigación arrojo como conclusión, que la formación del abogado debe procurar una práctica en la que se desarrollen

1 Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Administración Pública, Doctorando en Ciencias Políticas, Jefe del Consultorio Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad del Sinú, Docente Investigador adscrito al Grupo de Investigación Sociedad y Conflicto de la Escuela de Derecho de la Universidad del Sinú Sede Cartagena. Email: acortinaa@unisinucartagena.edu.co

competencias en torno a la teorización sistematizada de la relación entre la política y la axiología.

Palabras clave: Judicialización de la política, moralización del derecho, formación política, formación axiológica y Consultorio Jurídico.

Abstract

This reflective essay tries to present the judicialization of politics and the moralization of law as a challenge for legal offices insofar as they are two phenomena that represent a Copernican turn in the practice of law, since they demand that the lawyer in Colombia assumes, as a constitutional ideology, the burden of thinking about the solutions to the worst political crisis the country could have gone through in its recent history. It is thus, that currently the lawyer must have the necessary competences to solve conflicts using the Political Constitution as a rule, that is, he must be competent in the domain of axiology and politics in its total complexity, which is manifested from which to make the teaching and practice of these disciplines as social sciences. Through a legal research, descriptive with a qualitative approach, whose objective and legal problem was focused on the search for justice and protection of fundamental rights, as opposed to the judicialization of politics and moralization of law, as a challenge for the Legal Clinics in Colombia, which will sometimes be forced to depart from the law by making a leap in argument to strengthen their decision based on the Constitution. The conclusion of my research is that the training of lawyers should seek a practice in which they develop skills in the systematic theorization of the relationship between politics and axiology.

Keywords: Judicialization of politics, moralization of law, political education, axiological training, legal consulting.

Introducción

Con la Constitución de 1991, el advenimiento del Estado Social de Derecho, la globalización, y el Neoconstitucionalismo de la Corte Constitucional colombiana, se produjo un fenómeno de constitucionalización del derecho y judicialización de la Política, que rompió con los paradigmas que históricamente habían marcado la enseñanza del derecho. Las dinámicas sociales que han caracterizado la modernidad última vienen marcadas por un cambio de paradigma de la relaciones entre

Estado, sociedad e individuo, hoy cada vez con mayor contundencia el individuo adquiere mayor autonomía frente a la sociedad y frente al Estado, convirtiéndose incluso en sujeto de derecho internacional, la globalización como fenómeno económico, político y cultural viene debilitando el Estado y su capacidad para garantizar una sana convivencia en condiciones de paz, equidad y justicia, esto en la medida en que las fuerzas del mercado internacional, banca internacional, el derecho humanitario, el sistema internacional de protección de los derechos humanos entre otros factores, condicionan las decisión que internamente debe tomar el gobierno de cada Estado restándoles soberanía y condicionándoles la Política pública en materia social, económica etc.

La ideología Neoconstitucional o “nuevo derecho” con la cual la Corte Constitucional interpreta hoy la Constitución Política de los colombianos, ha producido una verdadera constitucionalización del ordenamiento jurídico, en la medida en que no hay conflicto de la realidad nacional que se sustraiga de la posibilidad eventual de que le sea aplicada directamente la Constitución nacional como norma de solución, sin importar a que ámbito del derecho pertenece la situación de conflicto, sea público o privado, todo el derecho está sometido a la supremacía constitucional, tanto es así que hoy se habla por ejemplo del nuevo derecho internacional de los contratos (Parra R, 2002).

El Neoconstitucionalismo o nuevo derecho se caracteriza, entre otras cosas, por el papel protagónico del poder judicial, es así, que en un escenario Neoconstitucional, el juez funge como legislador positivo en la medida en que emite sentencias que contienen subreglas que como fuente originaria de derecho entran a regular la solución de conflictos como si fueran ley, pero además, el juez constitucional también ejerce acciones de gobierno en la medida en que con sus sentencias direcciona y condiciona la Política público del ejecutivo, esto, desde el “nuevo derecho” se justifica entre otras cosas, según Gonzalo Aguilar Cavallo por La desigualdad socio-económica, la desigualdad de oportunidades, pero también la desigualdad jurídica, asunto que según Aguilar incide en la libertad y en el bienestar de las personas y comunidades, permeando su calidad de vida en distintos sentidos (Gonzalo, 2015). Lo anterior, cobra especial relevancia cuando asumimos que la riqueza de las personas depende enormemente de las leyes que se hayan promulgado en su comunidad (Dworkin, 1997). Es por eso que en sociedades altamente desiguales vale la pena preguntarse si acaso el juez debería concebirse como el último reducto que el Estado de Derecho le asegura al individuo

y a las comunidades para alcanzar condiciones sociales mínimas justas en el pleno ejercicio de todos sus derechos humanos consagrados nacional e internacionalmente. En esta línea, se ha planteado un nuevo rol del juez del siglo XXI como garante de los derechos humanos.

El fortalecimiento del poder judicial como alternativa de solución de los grandes conflictos sociales escenario de la recurrente violación de derechos humanos, ha llevado a la judicialización de la Política, fenómeno en el cual, la sociedad comienza a legitimar el juez constitucional como una autoridad con el poder suficiente de hacer cumplir la Constitución imponiéndose a los desprestigiados órganos representativos del poder legislativo y ejecutivo, esta facultad exige del juez no sólo un despliegue de conocimiento y competencias en el dominio de la ciencias jurídicas, sino que ahora también debe tener una sólida formación en ciencias Políticas dice García Jaramillo (2008):

El juez del nuevo derecho puede y, más que eso, debe, determinar en casos concretos la existencia de derechos no contemplados explícitamente en el ordenamiento, por lo que requiere una mayor profundidad moral, Política y social para desempeñar su función; debe ser más fuerte y ya no solamente el burócrata, y admite abiertamente que es él quien decide, y no la ley. Este juez deberá responder más directamente sobre las implicaciones Políticas y sociales de sus decisiones, sin poder pasarle a otro tercero la responsabilidad del fallo, y administrará efectivamente justicia de-construyendo los mandatos constitucionales, caracterizados por la textura abierta de sus normas y la diversidad de sus formas.

Así las cosas, el juez en el “nuevo derecho” en la búsqueda de la justicia y protección de los derechos fundamentales, se verá en ocasiones abocado a apartarse de la ley dando un salto argumentativo para asir su decisión a la Constitución, claro que Tal como lo afirma Leonardo Jaramillo para llegar a esta conclusión y definir claramente qué normas y en qué casos, debe apartarse de la ley por ser ésta contraria a la autoridad de la Constitución, los jueces tienen que tener competencias propias de la ciencia Política que le permitan argumentar su visión de la realidad dando significado a la democracia, la justicia y su relación con el Estado la sociedad y el derecho, para poder legitimar constitucionalmente su particular interpretación de la Constitución.

Judicialización del derecho como fenómeno asociado al Neoconstitucionalismo

El fortalecimiento del poder judicial como fórmula práctica de defensa de los derechos fundamentales trae consigo el fenómeno de la judicialización de la Política, el cual está asociado con la falta de credibilidad y acción Política del poder ejecutivo y del poder legislativo, en la medida en que los conflictos que socialmente deben encontrar solución Política en el parlamento con la ley y en el Ejecutivo con el diseño y ejecución de Políticas públicas, son finalmente resueltos mediante sentencia por la jurisdicción constitucional, esto, si bien es cierto, trae consigo unos beneficios también puede acarrear falta de legitimidad y desinstitucionalización del poder judicial por cuenta de la posibilidad de graves abusos en los que puede incurrir un juez constitucional dado el alto grado de discrecionalidad de sus decisiones, las cuales como se dijo anteriormente, pueden legitimante, apartarse del marco reglado y previsible de la ley para centrarse o justificarse en la indeterminación de los principios y valores de la Constitución. Al respecto se pregunta el constitucionalista Uprimny (2007) ¿Cuáles son las potencialidades democráticas y los riesgos de la judicialización?, ante lo cual, esquematiza la judicialización de la Política como una modificación de las fronteras tradicionales entre el sistema judicial y el sistema político en las sociedades democráticas, “en la medida en que el trámite y la decisión de ciertos asuntos son transferidos de la esfera Política al ámbito judicial” (Uprimny, 2007).

El asunto de análisis se centra en que la modificación de las fronteras tradicionales entre el sistema judicial y el sistema político en las sociedades democráticas, tiene un profundo impacto en la forma de concebir el derecho, y las relaciones entre la sociedad y el Estado, implica un tenso reajuste entre las dinámicas de fuerza entre minorías y mayorías, el hecho de que sea judicial y no Política, la exigencia de respeto a los derechos fundamentales que las minorías hacen a la mayoría, produce un cambio en la forma como se legitiman la ley y las Políticas públicas, cambio producido por el sesgo que sufre el consenso mayoritario para definir temas que interesan a la sociedad en general, de ahí que bien dice Uprimny “con la judicialización de la Política las batallas o conflictos políticos que antes se definían por consenso democrático ahora se definen mediante sentencia por un juez constitucional”. (Uprimny, 2007)

Siendo así, resulta entonces pertinente la pregunta que se hace Uprimny ¿Es democráticamente deseable la judicialización de la Política? A lo que manifiesta en las últimas dos décadas, que se han conocido

formas de judicialización de la política importantes en numerosos campos, pero tal vez los más significativos han sido los siguientes:

1. La lucha contra la corrupción Política y por la transformación de las prácticas Políticas;
2. El control a los excesos gubernamentales, en especial en los estados de excepción;
3. La protección de grupos minoritarios y de la autonomía individual;
4. La protección de poblaciones estigmatizadas o en situaciones de debilidad manifiesta;
5. El manejo de la Política económica, debido a la protección judicial de los derechos sociales. (Uprimny, 2007)

No se requiere mayor formación política ni jurídica para darse cuenta que según lo que dice un experto en el tema como Rodrigo Uprimny, en Colombia se han judicializado cinco ejes problemáticos que definen perfectamente el núcleo de la crisis político-social que atraviesa el país, esto quiere decir, en clave de la judicialización de la Política, que problemas de alto impacto social vinculados con la corrupción, la violación de derechos humanos y el infortunado manejo de la economía del país, que antes esperaba resolver Políticamente la sociedad mediante el juego democrático, el debate público, las Políticas públicas y la discusión Política de la ley, ahora, en gran medida, se vuelven asuntos a resolver mediante sentencia, es decir, la solución a la crisis se volvió un asunto de abogados principalmente.

Según Uprimny (2007), tanta responsabilidad en cabeza del poder judicial por exceso en la judicialización de la Política puede representar unos riesgos democráticos que él describe así:

Sobrecarga del aparato judicial, que empieza a asumir con dificultad tareas que no le corresponden totalmente. Así, la transferencia de la resolución de demasiados problemas a los jueces puede terminar por afectar la propia legitimidad de la administración de justicia, que no tiene en el largo plazo la capacidad de enfrentar tales retos. s. Y eso deriva no sólo de la cantidad de problemas que empieza a resolver el sistema judicial sino también al tipo de asuntos, por cuanto frente a determinados conflictos, la arena judicial puede no ser la más apropiada. Los riesgos de error judicial son grandes.

La judicialización de los conflictos políticos tiende casi inevitablemente a politizar, en el mal sentido del término, los conflictos judiciales, pues los tribunales y los procesos se convierten en escenarios e instrumentos de estrategias de actores políticos, lo cual desestabiliza en forma profunda el rol del sistema judicial como garante de los derechos de las personas y de las reglas de juego democráticas.

El derecho deja de ser la regla general que toda la comunidad reconoce, pues el sentido de las normas se considera manipulable según los intereses. La opinión empieza entonces a desconfiar de toda decisión judicial, con lo cual se compromete la legitimidad misma de la administración de justicia. Y esto es aún más grave en democracias precarias, pues en ellas la independencia del poder judicial dista de estar consolidada (Uprimny, 2007)

Finalmente, el constitucionalista en mención, que la judicialización de la Política tiene potencialidades, pero igualmente riesgos. El desafío es entonces potenciar sus posibilidades democráticas y minimizar sus efectos perversos, lo cual, desde el punto de vista académico, debería llevarnos a tratar de investigar más específicamente cuáles son las judicializaciones democratizantes y cuáles, por el contrario, son democráticamente riesgosas. Para concluir éste punto, la judicialización de la Política puede reportar socialmente beneficios o perjuicios, y los últimos están asociados a riesgos que se verifican en la realidad Política en la medida en que por ejemplo si se llegase a presentar la deslegitimación de la administración de justicia, la solución a tal problema no podría ser jurídica sino Política, de manera que cuando un Tribunal constitucional va a tomar una decisión su responsabilidad va hasta anticipar los efectos políticos que ésta pueda tener es decir, debe tener entonces el operador judicial solidas competencias en el dominio de la ciencia Política, ahora, siendo claro que el juez debe tener una formación profesional en Política y que en Colombia los jueces no tienen una formación exclusiva como abogado destinados a ser jueces, toda vez que se supone que todo abogado debe tener las competencias mínimamente necesarias para desempeñarse como juez, no es difícil comprender que el cambio de ideología en el paradigma constitucional cuestiona la formación de los abogados en general.

Así las cosas, el cambio en la ideología del paradigma constitucional, ha traído enormes cambios en la forma como los abogados piensan

y actúan en su ejercicio profesional. El desarrollo y la vigencia de la Carta Política del 91 ha significado un replanteamiento general de distintos y trascendentales temas e instituciones político - jurídicas, y ha obligado tanto a los estudiosos de la academia en general como a los profesionales del Derecho, a introducir un conjunto de explicaciones, doctrinas, conceptos y prácticas hasta entonces poco conocidas en el diario devenir de la construcción del derecho colombiano, lo que hace que la práctica diaria del derecho se convierta en un reto permanente que implica una variación drástica de sus categorías mentales, las cuales en sus líneas fundamentales representan un duro quiebre con la tradición del pensamiento jurídico, arraigado principalmente en el formalismo jurídico, la previsión o plenitud del ordenamiento, la coherencia interna de sus disposiciones, el legalismo y la operación lógico-deductiva de la interpretación del Derecho.

Hoy día, el abogado se enfrenta a una práctica profesional más compleja porque se debe preguntar por la moralidad del derecho que aplica y por sus efectos sociales y políticos, siendo esto válido sin distinguir de si se es operador de la justicia, abogado litigando, abogado asesor de empresas, funcionario público etc., esto porque como se mencionó con anterioridad, todo el derecho se constitucionalizó de manera que ahora las soluciones que debe plantear el togado desde el ejercicio de su profesión no serán solo jurídicas, sino que tendrá también que responder en la prestación de sus servicios profesionales por el manejo de unas competencias que le permitan presentar a su cliente, si es en el sector privado, alternativas de solución que partan también de la comprensión e interpretación de los principios y valores constitucionales, es decir, deberá conocer disciplinariamente los fundamentos políticos de la Constitución, lo mismo si se es funcionario público, abogado litigante etc.

Contextualizadas las exigencias constitucionales del “nuevo derecho” y las implicaciones axiológicas y Políticas que éste impone en la práctica del derecho, se pasa entonces a reflexionar sobre el impacto que tiene el cambio ideológico de paradigma constitucional en la formación del abogado, particularmente en la práctica de consultorio jurídico.

Ya hace un tiempo, desde antes incluso de que entrara en vigencia la Constitución de 1991, se advertía lo anacrónico que resultaba ser el consultorio jurídico como escenario de práctica de formación de los estudiantes de derecho. La calidad de abogados de pobres, que caracteriza la práctica de consultorio jurídico de los estudiantes de

derecho del año 1971, reafirmada luego mediante la, con este condición que se le impone al estudiante de derecho pretende el legislador imprimir en la formación del abogado unos valores asociados con la vocación social, directamente relacionada con la proyección social, como servicio social, que debe tener toda universidad en Colombia, en este sentido, se establecieron una serie de competencia para que los estudiantes de derecho en sus prácticas facilitaran el acceso a la justicia de personas de escasos recursos económicos (pobres) sin posibilidad de contratar los servicios de un abogado, de manera que los estudiantes, fueron habilitados para representar a los pobres en ciertos asuntos y bajo determinadas condiciones específicas.

El hecho es que con el paso del tiempo se fue haciendo evidente que la forma como la ley concibe la práctica de consultorio jurídico resulta ser ineficiente para desarrollar las competencias que deben ser del dominio de los abogados, pero así mismo, se pudo determinar qué tal como está legalmente regulado el consultorio jurídico, es poco el aporte que este hace, al proceso de formación de abogados capaces de jalonar un verdadero cambio social que nos lleve a concebir una convivencia pacífica, justa y equitativa. El concebir al estudiante de derecho como un estudiante de pobres, realmente antes que favorecer una formación adecuada en valores, lo que genera es la creencia perjudicial de que mejorar la condición de vida de los “pobres” es un trabajo de caridad, propiciando que el futuro abogado desde su práctica de derecho desligue por completo la realidad del “pobre” con la suya, es decir, no se asume el consultorio jurídico como una práctica en la que debe el estudiante desarrollar unas competencias que le permitan ser creativo y propositivo frente a las alternativas de oportunidad de un verdadero cambio social.

Para ser más explícito sin lugar a dudas se puede afirmar que desde la proyección social unas son las competencias y valores humanos que desarrollan el sentido de la responsabilidad social con las personas carentes de recursos económicos (pobres) y otras las competencias disciplinares que desde la ciencia Política y la axiología, otorgan al estudiante de derecho una serie de conocimiento y destrezas que lo facultan para hacer un abordaje de la realidad desde la complejidad de lo social, cultural, político, económico y jurídico, con tal dominio y experticia que les permitan convertirse a través del quehacer diario del derecho en verdaderos agentes de materialización de las promesas de mejor vivir que contiene la Constitución Política.

Hasta este punto se ha querido mostrar que una de los grandes retos que tienen los consultorios jurídicos es la necesidad de imprimir al escenario de práctica de los estudiantes de derecho, la posibilidad de que frente a la judicialización de la Política, reaccionen como verdaderos actores protagónicos con una real potencia intelectual para generar cambios en su realidad, lo que no se consigue sólo con una instrucción jurídica, ya que la crisis actual en la que se encuentra sumida la sociedad y el Estado colombiano debe ser abordada por los estudiantes de derecho con una actitud clara de generar movilización Política en la comunidad y esto sólo se podrá lograr con una acertada y disciplinar formación del Estudiante de Derecho en Ciencias Políticas.

La anterior reflexión por lógica y coherente parece no contener mayor dificultad en su implementación, es decir, si la Política se judicializa, quiere decir que ahora la Política es objeto de estudio de los abogados, en consecuencia, parece ser obvio que ahora la enseñanza del derecho, como ciencia social, debe modificar el diseño del syllabus de tal suerte que se incluyan en este las competencias propias de la ciencia Política, sin embargo, esto que parecería ser obvio no lo es precisamente porque la judicialización de la Política es un fenómeno complejo que parte del hecho de que existe una relación connatural entre Política y derecho la cual es abordada desde la ciencia jurídica, es decir, no es posible pensar en un orden jurídico desligado de las categorías Políticas, de ahí que tradicionalmente en el programa de derecho se estudien asignaturas como teoría del estado, historia de las ideas Políticas, Políticas públicas, y otras similares que tienen por objetivo el estudio de las dinámicas de poder en la sociedad como origen del Estado y del ordenamiento jurídico, siendo así entonces ¿A que hace referencia la judicialización de la Política y la formación Política del abogado? En este orden de ideas, lo primero entonces sería definir: ¿Qué competencias de la ciencia Política debe disciplinariamente tener el abogado y que actualmente no están presentes en su formación? ¿Cuáles de las anteriores competencias son las requeridas para enfrentar la moralización y la politización del derecho? ¿Cómo se deben enseñar las competencias propias de la ciencia Política en clave de la ciencia jurídica? ¿Como se materializa la práctica en el consultorio jurídico de la judicialización de la Política? ¿Cómo se entrena el estudiante de consultorio en el ejercicio de las competencias que le permitirán resolver conflictos desde la judicialización de la Política?

El asunto no es fácil de resolver porque la ciencia Política no es una ciencia social “decantada” en su objeto disciplinar, en sus contenidos

y metodología de enseñanza, al respecto el politólogo Javier Duque Daza, citando a David Laitin sostiene que el panorama para la Ciencia Política es confuso porque además de las disputas intelectuales respecto al objeto cualificante de la Ciencia Política y de los enfoques teóricos múltiples y en ocasiones contrapuestos, en los desarrollos de la ciencia Política en el último medio siglo se han multiplicado las líneas, las áreas y los subcampos disciplinares de tal forma que se ha llegado a plantear, como lo hace Laitin (2004) que existe una anarquía y un caos disciplinar. Esta multiplicidad de orientaciones, contenidos, temáticas y líneas académicas se expresan no solo en la investigación y en los eventos nacionales e internacionales de la disciplina, sino también en los planes de estudio y en las estructuras curriculares de los programas de pregrado o licenciatura de Ciencia Política.

Finalmente, Laitin plantea algunas reflexiones en cuanto a las dificultades que presenta la enseñanza de la Política como ciencia. Dice Laitin (2004), citado por Daza (2014):

- a) No existe un curso introductorio estándar en ciencia Política que ubique en los rudimentos y aproxime a los estudiantes a ciertos acuerdos de la disciplina, líneas, autores y enfoques;
- b) no hay una orientación que permita unificar los currículos con ciertos estándares, ni siquiera de forma parcial. Cada escuela produce sus politólogos con sus orientaciones, énfasis y modos particulares de ver la disciplina;
- c) en muy pocos casos existen prerrequisitos para los cursos superiores, lo cual hace que los profesores se enfrenten a estudiantes con diversos niveles de formación que no cuentan con los fundamentos necesarios para avanzar de forma significativa;
- d) existe una alta fragmentación en enfoques, teorías y metodologías, con lo cual impera una imagen de ausencia de un núcleo disciplinar, de autores centrales y clásicos. La imagen de la disciplina era la de un espejo trizado en múltiples partes, sin que pudiera reflejarse algo claro en él.

Con lo anterior se concluye que la formación Política del abogado no es asunto de incluir en la malla curricular unas asignaturas referidas a un mero contenido político, sino que se trata de que verdaderamente el abogado adquiera competencias que le permitan observar, analizar y comprender la realidad como politólogo, y si se tiene en cuenta que la ciencia Política como disciplina autónoma resulta ser en alto grado controversial, no resulta difícil percibir que es grande el reto que tienen

los consultorio jurídicos de diseñar escenarios de práctica jurídico-Política que realmente permita al estudiante adquirir unas competencias y conocimientos que lo capaciten para abordar eficientemente los conflictos de la sociedad.

De la moralización del derecho y la formación axiológica del abogado

Leonardo García Jaramillo, estudioso conocedor del neoconstitucionalismo en Colombia, en un artículo de su autoría titulado - El “nuevo derecho” en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? – Describe perfectamente la moralización del derecho por cuenta del Neoconstitucionalismo, cuando al caracterizar al juez Neoconstitucional lo presenta como un profesional del derecho con una sólida formación en valores que moralmente demarcan sus decisiones al punto de estar autorizado constitucionalmente para apartarse de la ley cuando su juicio moral así se lo indique, es así que García Jaramillo para referirse al juez Neoconstitucional, comienza citando a un férreo crítico del Neoconstitucionalismo, García Amado (2008), quien se refiere al juez del Neoconstitucionalismo diciendo: “la clave de la práctica jurídica sigue estando en la conciencia del juez, pero ésta ya no es conciencia cognoscente, sino libérrima conciencia decisoria; el juez ya no es contemplado como servidor de la ley sino como señor absoluto del derecho”.

Posteriormente continúa García Jaramillo (2008) diciendo:

Si en algún funcionario recae la responsabilidad de concretar el nuevo derecho y dotarlo de fuerza normativa eficaz es en el juez. Pero no ya aquel tipo de juez descrito adecuadamente en su momento como integrante de la rama menos peligrosa del sistema jurídico y, mucho menos, como aquel que debe limitarse a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, como lo pensó Montesquieu, sino un funcionario que no es ya el orientador de unos ritualismos procesales vacíos de contenido, ni menos el inflexible fiscalizador del cumplimiento de los rigores de la ley. (...) Casi desde el inicio mismo del cambio constitucional en 1991 se abogó por la demanda a un tipo distinto de juez respecto del administrador de justicia que ejercía su cargo siguiendo los lineamientos de la Constitución del 86. Como afirma Carlos Gaviria: “Cuando se dio la Constitución del 91, una de las mayores virtudes que en ella advertí fue la exigencia implícita de un nuevo juez colombiano. Que no se nutra

sólo de incisos y párrafos incitantes a la hermenéutica (¿o no hermenéutica?) exegética, sino de reflexiones que le permitan descifrar la clave de un universo axiológico tan apasionante y complejo como el que acoge nuestra Carta”.

El juez que responde a las exigencias del Estado social de derecho y no desentona con el nivel implícitamente impuesto por la jurisprudencia constitucional, es el que además de conocer la legislación y aplicarla sin prevaricar, cometer faltas disciplinarias o delitos (cohecho, concusión o tráfico de influencias, por ejemplo), ha desarrollado o vinculado a su labor ciertas virtudes, tales como valentía y discreción para ejercer debidamente su función, y coraje para enfrentar los riesgos que acaecen; imparcialidad respecto a sus juicios e independencia frente a las partes, sus colegas, las otras ramas del poder público y los medios; un juez sin prejuicios ni pactos burocráticos. Un juez con la capacidad tanto de conmiseración para aproximarse al problema como de ponderar adecuadamente los pros y contras en los casos en los que hay altos costos morales para una de las partes o para la sociedad; y consciente de la necesidad de capacitarse permanentemente, que rinda en lo cuantitativo sin ir en demérito de lo cualitativo es decir, no quiere decir García Jaramillo cosa distinta a que el abogado como juez neo-constitucional debe tener una clara conciencia axiológica del poder que tiene, para no ceder ante la tentación de sentirse dueño absoluto del derecho y cometer los abusos que hoy se cometen incluso en nuestras altas Cortes.

La formación axiológica del abogado tiene una complejidad similar a la que presenta su instrucción Política, toda vez que de la misma manera en que existe una estrecha relación entre el derecho y la Política y no por eso la formación tradicional del abogado lo hace politólogo, de esa misma manera existe una estrecha relación entre el derecho y los valores sin que esto implique actualmente que un profesional en derecho en su formación, haya tenido instrucción en el fortalecimiento de las competencias que le permiten tener una comprensión axiológica del impacto que socialmente tiene el ejercicio de su carrera.

La preocupación por la formación en valores de los abogados no es asunto nuevo, de hecho, en términos generales en Colombia ha sido una preocupación constante la formación en valores en la educación superior, de hecho los teóricos de la educación, sin discusión han aceptado que la formación universitaria debe estar comprometida con el desarrollo moral de los estudiantes de una manera mucho más

intencionalmente pensada, determinada, decidida y planificada, que la mera mención del compromiso ético como competencia personal. A ello han de dirigir conjuntamente su esfuerzo todos los sectores implicados: los responsables y actores del mundo universitario; los representantes de la vida social y cultural; los empresarios, las administraciones, etcétera.

Por tanto, diría Buxarrais (2004):

El aprendizaje universitario no debería ser la mera instrucción disciplinar. La práctica profesional sin moralidad puede ser desastroso para la comunidad y penoso para aquellos que de tal modo ejerzan como médicos, ingenieros, arquitectos etc., con aparente “éxito personal” pero inútiles o nocivos para la sociedad. El aprendizaje que nos habilita para ejercer una profesión debería ir acompañado del aprendizaje ético que nos permite ejercer la ciudadanía.

Para Cáceres García el profesional ha de ser un experto competente en su especialidad y, al mismo tiempo, una persona moralmente madura. Competencia y moralidad, unidas, están dotadas de una fuerza muy potente como motor de las personas, en la misma medida en que configuran y determinan la necesidad de autoestima positiva. Esto no sólo está vinculado a los sistemas de actitudes y valores, sino que, además, es nuclear en la construcción de la propia identidad. El desarrollo de ambos aspectos –competencia y moralidad, retroalimentándose mutuamente– vendrá a revertir en el crecimiento humano y en la satisfacción personal, al mismo tiempo que en el desempeño laboral y en el cumplimiento de los objetivos propios del interés general.

En consecuencia, frente a otros modelos centrados en el saber técnico y excluyente de valores relacionados con el desarrollo personal y moral, la formación universitaria ha de contemplar el crecimiento de la persona en todos los aspectos mencionados. En el marco de la educación superior, la formación profesionalizante ha de implicar a la persona entera, lo que es tanto como decir que debe desarrollar las diferentes dimensiones humanas, en lugar de centrarse únicamente en aspectos técnicos. Desde un punto de vista axiológico e integral, los valores han de fundamentar y guiar el desarrollo de competencias para la empleabilidad que las universidades han de procurar, de cara a una formación igualmente satisfactoria para la sociedad, para el mundo laboral y para los individuos, desde un punto de vista humano.

Siendo así las cosas, ¿Qué sucede entonces, si la necesidad de formar en valores a los futuros profesionales se ha identificado como una urgente prioridad, porque aún no se logra el cumplimiento de este objetivo? Guerrero Useda (2006), plantea que “algunas claves para responder esta pregunta se encuentran en el texto de Escámez la Ética profesional del mediador de familia y de Perilla y Guerrero “La oportunidad del enfoque de las competencias y la desigual competencia por las oportunidades escolares y laborales”, los cuales están relacionados con la didáctica, las condiciones de enseñanza y el conocimiento pedagógico del contenido.

El estado de las investigaciones muestra que la formación moral, en cuanto contenido, se caracteriza por demandar conocimientos pedagógicos de alto nivel, a la vez que estudios como el de Mesa y Suárez (2006) “Formación de la conciencia moral: desafío para la educación superior”, muestran universitarios que no alcanzan estructuras superiores de juicio moral estando cercanos a graduarse y el medio muestra que la crisis de valores y la creciente corrupción en las instituciones devela que ante la autoridad y la jurisdicción los profesionales no están en capacidad de sobreponer recursos. Así las cosas, la enseñanza de la ética y la educación moral se descubren como contenidos que requieren una enseñanza educativa.

Finalmente dice Guerrero Useda que el problema no se reduce a la apertura de un espacio propio en el currículo para los contenidos relacionados con los valores, ni al diseño estructurado de temarios. Estos contenidos demandan una enseñanza que, superando lo descriptivo y lo enunciativo, lleve a los estudiantes a la maduración de estructuras superiores y universales de juicio y razonamiento moral. De ahí la fuerza del clamor de intelectuales como Domingo-Moratalla (2010) “Ética de las profesiones y formación universitaria: tres modelos de responsabilidad profesional”, pida introducir una mínima cultura moral en los planes universitarios.

Pues bien, si se ha identificado un problema con la formación de valores en la educación superior, el problema con la formación del abogado es aún de mayor significancia, en la medida en que el Estado Colombiano tiene por esencia de su naturaleza la misión de garantizarnos, con el poder que se le ha instituido, un orden social que nos permita convivir en paz, en condiciones dignas que garanticen nuestros derechos fundamentales y sociales, así mismo el acuerdo social plasmado en la Constitución Política, establece que el Estado en el ejercicio de su poder sólo podrá hacer lo que la ley y la Constitución

le permiten, es decir, que el Estado en todas sus actuaciones estará sometido y limitado por el ordenamiento jurídico, siendo así las cosas se hace evidente que principalmente recae sobre los abogados, la responsabilidad Política y social de velar porque el Estado cuente con la estructura jurídica pertinente y apta para cumplir sus funciones y así mismo, la sociedad espera que los abogados diseñen las herramientas jurídicamente adecuadas para poder ejercer los derechos políticos que garantizan el sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico.

A esta altura de la reflexión que se viene haciendo parece ser obvio que el abogado requiere hoy en día una formación disciplinar politológica y axiológica. La formación axiológica del estudiante de derecho implica para el docente enseñar y comprender que el Derecho, es más que un sistema de normas jurídicas establecidas y sancionadas por el Estado, pues traduce como voluntad Política, las condiciones esenciales (materiales y espirituales) de una sociedad de clases, cuya voluntad Política suelen sintetizarse en los valores fundamentales como fórmula de consenso social de la o las clases dominantes y sus sectores más influyentes, significa ver al Derecho con su gran carga axiológica; como un portador de valores.

La formación en valores, está directamente vinculada con la dimensión estética y técnica, así mismo al prestigio profesional como fin deontológico de la ciencia del derecho, esto es así porque para que los juristas puedan cumplir debidamente su función necesitan crear credibilidad y confianza en la sociedad, debe ser un profesional “prestigioso”. No se puede encomendar la justicia al hombre y a la mujer injusta. La pertinencia socio cultural de los profesionales del Derecho en la Educación Superior se logra a través de un proceso de formación axiológica, desde una generalización de experiencias culturales que den cuenta de la flexibilidad cultural, y la profundización de la profesión, según Pupo (2016) y en donde se ven reflejados valores como; el humanismo, la honestidad, la cortesía y respeto en sus relaciones, la independencia, la solidaridad y el sentido de la justicia y la equidad, que a la vez conduce a hacer que prevalezca en la solución de los conflictos un profundo sentimiento de equidad y justicia, manteniendo el respeto hacia las personas con quien sostiene relaciones con motivo de su trabajo.

Innovación social universitaria en la formación del abogado

Reconocida la necesidad de generar un cambio en el paradigma de la enseñanza del derecho, y las terribles implicaciones sociales, Políticas, ambientales y económicas que tiene para la sociedad no hacerlo, se hace obligado repensar la misión de la universidad y su responsabilidad, es decir, es necesario pensar la formación del abogado como un proceso que requiere estrategias pedagógicas de “innovación social universitaria” que ofrezcan nuevas alternativas que permitan superar las dificultades que actualmente tiene el modelo tradicional de formación de los abogados para desarrollar competencias que permitan un eficiente desempeño de éstos en la comprensión y resolución de conflictos sociales, jurídicos, políticos y axiológicos. ¿Si ya hace mucho tiempo se sabe que la formación de abogado es por competencias entonces donde radica el problemas?, pasamos a aprendizaje servicio colaborativo.

Conclusión

Parafraseando al doctor Héctor Velásquez Posada, quien haciendo un estudio crítico de los consultorios jurídicos acertadamente planteo la falta de pertinencia de estos con la realidad político-social actual así: “En ocasiones, caemos en el “sofisma de MacGiver”, que consiste en pensar que en todos los campos del conocimiento se puede hacer lo que hacía este personaje de la televisión del siglo pasado, quien, con una navaja y elementos de la vida diaria, lograba resolver todos los problemas que se le presentaban y salía airoso de todas sus dificultades. Eso mismo es lo que pasa cuando nos convencemos que con solo otorgarle al estudiante la facultad de presentar unas limitadas demandas ante un juez municipal en única instancia, con ello le va a bastar para resolver todas las necesidades del ciudadano.

Hacerle creer a la comunidad que las escuelas de Derecho con la sola instrucción y formación disciplinar en ciencia jurídica, desarrollan en los estudiantes de Derecho las competencias necesarias para impactar la realidad generando un verdadero cambio social, es un falacia que pretendemos que la sociedad, y nuestros estudiantes, crean, porque en realidad, con la nueva Constitución de 1991, en Colombia la teoría pura del derecho se desvaneció, a partir de 1991 particularmente en Colombia el derecho se tornó moral y político, es decir, que no basta con tener un dominio disciplinar en la ciencia del derecho, también debe tenerse el conocimiento y adiestramiento científico que permita el estudio de las

dinámicas de relación que se dan entre la ciencia política, la moral y el derecho, es decir, la formación del abogado debe procurar una práctica en la que se desarrollen competencias en torno a lo que Dra. Edith González Palmira denomina teorización sistematizada de la relación entre la Política, como forma de actividad, y la axiología, entendida como la ciencia que versa sobre el estudio de los valores en su dimensión ética para contribuir al desarrollo de la actividad Política.

Referencias

- Aguilar, G; Gajardo, B y León, A (2015). Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial. *Estudios constitucionales* [online], vol.13, n.1 [citado 2017-11-07], pp.373-398.
- Buxarrais, M. R. (2004). El aprendizaje ético y la formación universitaria más allá de la casualidad. *Teoría de la Educación. Revista Interuniversitaria*, 16, 91–108.
- Casares, P., Carmona O., & Martínez-Rodríguez, F. (2017) Valores profesionales en la formación universitaria. *REDIE* [online]. 2010, vol.12, n.spe [citado 2017-11-08], pp.1-15. ISSN 1607-4041. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S160740412010000300004&lng=es&nrm=iso
- Duarte, E. (2006) y coautores: *La Política: Miradas Cruzadas*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana.
- Duque, J. (2014). La ciencia Política en Colombia. Análisis de los planes de estudio, sus áreas y sus énfasis. *Political science in Colombia. Analysis of its curriculum, areas of study and emphasis. Pap.polit.* [online]. 2014, vol.19, n.2, pp.377-411. ISSN 0122-4409. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.PAPO19-2.nppj>.
- Dworkin, R. (1997). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Escámez, J. (2006). La ética profesional del mediador familiar. En A. Hirsch, *Educación, valores y desarrollo moral: Vol. 1. Valores de los estudiantes universitarios y del profesorado* (pp. 49–71). México: Gernika.
- Hamilton A. (1962), *El Federalista*, No 78. The Least Dangerous Branch. The Suprema Court at the Bar of Politics.

- García, E. (2004). *Infancia. De los derechos y de la justicia*, 2ª edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires
- García J, L. (2008). El “nuevo derecho “ en Colombia ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? *Revista Derecho*(29), 289-330.
- Guerrero-Useda, M. E. (2002). *Enseñanza educativa de las matemáticas. Fundamentos de la matemática universitaria* (pp. 101-110.). Bogotá: Escuela Colombiana de Ingeniería.
- Gonzalo, A. C. (2015). Equidad inclusión social y democracia: una respuesta crítica en contra del activismo judicial. *Estudios Constitucionales*, vol. 13(1), 373-398. Recuperado el 2017-11-07
- Laitin, D. (2004). *The Political Science Discipline*. En Mansfield, E. D. y Sisson, R. *Democracy, autonomy, and conflict in comparative and international politics* (pp. 11-40). Columbus: Ohio State University Press.
- Mesa, J. L. y Suárez, G. A. (2006). Formación de la conciencia moral: desafío para la educación superior. *Actualidades Pedagógicas*, 49, 23-32.
- Parra (2002). *El nuevo derecho societario* Bogotá: Universidad Externado de Colombia/ Barcelona: Bosch & Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Pupo K. (2016) *Estrategia para la formación axiológica del jurista en la Educación Superior*.
- Revista internacional de derechos humanos la judicialización de la Política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos - Rodrigo Uprimny Yepes http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a04v4n6.pdf
- Uprimny, R. (2007). La judicialización de la política en Colombia. *Sur – Revista Internacional De Derechos Humanos* (6), 52-59. Obtenido de http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a04v4n6.pdf



Edición impresa

Acceso a la justicia y construcción de paz. Aportes y discusiones desde el Consultorio
Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR, años 2016-2018

Junio 2020

Sincelejo, Sucre, Colombia

Acceso a la justicia y construcción de paz: Aportes y discusiones desde el Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de CECAR, años 2016-2018

A partir del proyecto de investigación “Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre”, desarrollado por investigadores de la línea de derecho privado del Grupo de Investigación Sociojurídica de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR en construcción con investigadores grupos de investigación e instituciones aliadas, se presentan los resultados en la presente publicación, en la cual desde la problematización en la que se cimiento la indagación sobre la articulación de actores interdisciplinarios, se identifican los fundamentos del escenario construcción de paz y sostenibilidad desde la óptica del derecho.



Colección Derechos Humanos y Construcción de Paz
Nº III