

ALBERTO MONTOYA PUYANA  
Rector

GILBERTO RAMÍREZ VALBUENA  
Vicerrector Administrativo

EULALIA GARCÍA BELTRÁN  
Vicerrectora Académica

**Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas**

Antonio Bohórquez Orduz  
Rodolfo Mantilla Jácome  
Codirectores - Editores

**Facultad de Derecho**

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ  
Decano

PABLO ANDRÉS DELGADO PEÑA  
Coordinador de Facultad

**Directores de Área**

ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ  
Área Profesional

MARIO GUEVARA MENDOZA  
Área Científica

RODOLFO MANTILLA JÁCOME  
Área Penal

**Directores de Línea**

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN  
Derecho Penal

JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA  
Derecho Privado

AÍDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS  
Derecho Público

IVÁN SANTOS BALLESTEROS  
Derecho Procesal

CARLOS GUSTAVO GARCÍA MÉNDEZ  
Derecho Laboral(e)

SERGIO ALBERTO MANTILLA SUÁREZ  
Derecho Económico

Temas Socio - Jurídicos (Facultad de Derecho)	Bucaramanga Colombia	Vol. 29	No. 61	Diciembre 2011	ISSN 0120-8578
--	-------------------------	---------	-----------	-------------------	----------------

# Reseña Portada

Efraín Saldaña

**B**ucaramanga, 1966.

“Esta obra titulada En el estanque de Monet, pertenece a una serie de pinturas que dediqué a ese gran pintor impresionista, quien desde muy temprana edad me sedujo con sus pinturas. Habiendo trasegado por más de 25 años en la plástica y habiendo encontrado mi propio lenguaje, me he podido dar algunos lujos en la pintura, siendo este uno de ellos. Al reinterpretar la obra de otro artista, por medio de una teoría del arte llamada la apropiación, fue que me di a la tarea de sacar esta colección de obras, basadas en la mirada personal hacia los nenúferes de Monet, que en un momento dado fue como transportar a mis muñecas hasta la época del artista y anclarlas allí con su permiso, y con humildad decirle al espectador que pude, de una manera mágica, entrar en ese paisaje soberbio de Monet...”

Efraín Saldaña

Bucaramanga, Diciembre de 2011.

### **Comité Editorial**

Antonio Bohórquez Orduz  
José Escribano Úbeda-Portugués  
Rocío Zafra Espinosa De Los Monteros  
Jorge Eduardo Lamo Gómez  
Jorge Antonio Castillo Rugeles  
Aída Fernández de los Campos  
Mónica Cortés Falla  
Rodolfo Mantilla Jácome

### **Comité Literario**

Heriberto Sánchez Bayona  
Mario Guevara Mendoza

### **Portada:**

Efraín Saldaña  
"En el estanque de Monet"  
Foto Saúl Meza

### **Editada por:**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas  
Periodicidad Semestral  
Depósito Legal Verificado  
Tiraje: 1000 Ejemplares  
Formato 17 x 22 cms

### **Diseño y Diagramación**

Ideas Comunicación

Calle 48 N. 39-234 - Conmutador 6436111 - 6436261  
Apartado Aéreo 1642 - Bucaramanga - Colombia, Sur América.

LAS OPINIONES CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS DE ESTA REVISTA, NO VINCULAN A LA INSTITUCIÓN, SINO QUE SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES, DENTRO DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS DE LA CÁTEDRA LIBRE Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 3° DEL ESTATUTO GENERAL DE LA CORPORACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA-UNAB

El material de esta publicación puede ser reproducido sin autorización, siempre que se mencione su procedencia y el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la UNAB, reciba un ejemplar de la publicación.

Distribución gratuita para los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNAB.

# Editorial

E

l Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la UNAB se complace en presentar la edición número 61 de su revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS, con gran satisfacción y el firme propósito de dar continuidad a un legado que nos dejara nuestro reconocido maestro y entrañable amigo, LAUREANO GÓMEZ SERRANO.

Esta revista continuará como el medio de comunicación de la doctrina que se produce en la UNAB en desarrollo de las labores de investigación tanto del Centro, como de los Semilleros de investigadores y de los profesores de nuestra Facultad. Pero, al tiempo, tenemos cabida en ella para estudios realizados por colegas extranjeros, al igual que por investigadores de otras casas de estudios que tengan a bien facilitarnos su producto intelectual.

Así, daremos nuestro aporte a la construcción de la obra humana llamada Derecho, a lo cual todos estamos convocados, en tiempos como los que actualmente vive nuestro país, con los poderes enfrentados en busca de una reforma a la justicia que todavía no tiene un norte claro. La balanza de pesos y contrapesos de nuestro sistema político tambalea, pues uno de los poderes se siente amenazado mientras que, contra todas las advertencias, el poder preponderante, que no es otro que el Ejecutivo, como tantas veces lo señalara Laureano, sigue tozudo en su empeño y ni siquiera se toma la molestia de llamar al país a

una reflexión sobre los problemas cardinales de la justicia. Y como los servidores de la justicia no acuden a vías de hecho, como otros sectores que sí lo hicieron en el curso de este mismo año, se quedan sin audiencia en los otros dos poderes.

La Academia colombiana, entonces, tiene el deber de expresarse.

ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ  
Codirector

## INDICACIONES A LOS AUTORES

La Revista Temas Socio Jurídicos es una publicación seriada del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, dependencia adscrita a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, que se dirige principalmente a Abogados, profesionales de las ciencias sociales y humanas, a estudiantes de derecho y de ciencias sociales y humanas.

Los siguientes tipos de artículos podrán ser incluidos en su contenido:

**1) Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

**2) Artículo de reflexión.** Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

**3) Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

**4) Artículo corto.** Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.

**5) Reporte de caso.** Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.

**6) Revisión de tema.** Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.

Los trabajos deben ser inéditos y sometidos a consideración del Comité de TEMAS SOCIO JURIDICOS, se exceptúa la reproducción, con permiso del autor o editor de artículos de especial interés. Cuando el artículo haya tenido una publicación previa, el autor o autores deben informar al remitir el artículo a publicar. Las ideas expuestas en el artículo remitido son de exclusiva responsabilidad de los autores.

El remitente debe conservar copia de todo el material que envíe. Los artículos deben dirigirse en cualquiera de los medios magnetofónicos al Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, calle 48 No. 39-234, o al correo electrónico [temassj@unab.edu.co](mailto:temassj@unab.edu.co).

## **RESUMEN DE REQUERIMIENTOS TÉCNICOS**

- ❑ Todo artículo debe prepararse en papel tamaño carta, a un (1) espacio, letra arial 12.
- ❑ Cada sección debe iniciarse en una nueva página.
- ❑ La presentación del artículo debe seguir el orden siguiente: Título, resumen, palabras clave, agradecimientos, abstract y bibliografía. Las tablas deben venir cada una por separado, con su respectiva leyenda y numeración arábica.
- ❑ Las ilustraciones, gráficos y esquemas se denominan FIGURAS, se enumeran según el orden de aparición y sus leyendas se describen en pie de página.
- ❑ Si incluyen ilustraciones propias de otras publicaciones se debe incluir el respectivo permiso para usarlas.

## **PÁGINA TITULAR**

La página titular debe contener:

- a) El título del artículo, el cual debe ser conciso e informativo.
- b) El nombre de cada autor, título académico y dirección de correo electrónico.
- c) La institución a la cual pertenecen los autores.
- d) Reconocimiento a la Institución que haya patrocinado económicamente la investigación.

## **RESUMEN Y PALABRAS CLAVE**

La segunda página debe contener el resumen de no más de 200 palabras, en la cual se enunciarán los propósitos del estudio o investigación, procedimientos básicos, hallazgos relevantes y principales conclusiones. Además es necesario enfatizar los aspectos innovadores, producto del estudio o investigación. Seguida a esta sección los autores deben suministrar de 3 a 10 palabras clave ó frases cortas, que servirán de guía para realizar índices y referencias cruzadas de artículos.

## **AGRADECIMIENTOS**

Las personas que colaboraron intelectualmente en el artículo pero cuya participación no justifica la autoría pueden ser citadas por su nombre, añadiendo su función o tipo de colaboración; por ejemplo, "recolección de los datos", "apoyo financiero y material, especificando origen del mismo", etc. Estas personas tendrán que conceder su permiso para ser nombradas. Los autores se responsabilizarán de obtener la autorización por escrito de las personas mencionadas por su nombre en los agradecimientos. El reconocimiento por la ayuda técnica recibida figurará en un párrafo separado.

## **TEMAS SOCIO-JURÍDICOS**

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS

Universidad Autónoma de Bucaramanga

Calle 48 No 39-234 Bucaramanga, Colombia.

E-mail: [temassj@unab.edu.co](mailto:temassj@unab.edu.co)

El arbitraje de la Revista Temas Socio-jurídicos fue realizado por

**RTSJ002, RTSJ006, RTSJ007, RTSJ009, RTSJ0018**

El listado de personas que colaboran como árbitros se encuentra en el Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Nivel Académico de los Autores:

<b>Nombre</b>	<b>Título</b>
Iván Santos Ballesteros	Abogado. Especialista en Derecho de familia, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho del trabajo Pontificia Universidad Javeriana
Luis Francisco Casas Farfán	Abogado. Especialista en Derecho Público y Derecho Penal Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Derecho Constitucional Universidad Libre. Magíster en ciencias penales de la Universidad Externado de Colombia
Mauricio Rodríguez Delgado	Abogado. Candidato a Doctor Universidad Alcalá de Henares. Magister en Derecho Público Universidad Externado de Colombia; Especialista Derecho Público convenio UNAB-Universidad Externado de Colombia; Especialista en Docencia Universitaria, UNAB.
Julián Eduardo Prada Uribe	Abogado. Candidato a Doctor en Derecho Universidad de Buenos Aires, UBA; Especialista en Derecho Comercial UNAB.
Sergio Pérez Sánchez	Doctor en Pedagogía por la Universidad Nacional Autónoma de México.
Adaúlfo Enrique Mendoza M.	Historiador. Magíster en Historia Política Universidad Industrial de Santander, UIS. Especialista en Educación y Desarrollo Intelectual UNAB-FAMDI.

## **REPRESENTACIONES DE CIUDADANÍA EN ESTUDIANTES FORMADOS A PARTIR DE LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

AUTOR: Adaúlfo Enrique Mendoza M  
FECHA DE RECEPCIÓN: Octubre 5 de 2011  
DIRECCIÓN: amendoza@unab.edu.co

**RESUMEN:** Los resultados que se presentan a continuación fueron obtenidos en una investigación ya culminada, que se llevó a cabo con 400 jóvenes, con el propósito de establecer la correspondencia entre sus representaciones políticas y los principios democráticos de la Constitución de 1991. El presente artículo permite reconocer que entre estas dos variables se encontraron relaciones de divergencia, ya que los pensamientos de la población encuestada y entrevistada, estuvieron más cerca de las concepciones tradicionales, que de la estructura política planteada por la nueva Constitución, lo cual podría ser asumido como un indicador de que los avances democráticos planteados por la nueva Constitución aun no han logrado influenciar el pensamiento de la población escolarizada, la cual continúa manifestando actitudes y valores inspirados en la democracia representativa instaurada en el país por la Constitución de 1886.

**PALABRAS CLAVES:** Colombia: Representaciones de ciudadanía, Ciudadanía y factores sociales, Formación de subjetividades políticas, Juventud y ciudadanía.

**ABSTRACT:** The results presented below were obtained in an investigation and culminated, which was conducted with 400 youth, with the purpose of establishing the correspondence between their political representation and democratic principles of the 1991 constitution. This paper allows us to recognize that between these two variables showed relationships of divergence, as the thoughts of the people surveyed and interviewed, were closer to traditional conceptions, that the political structure raised by the new constitution, which could be taken as an indicator of democratic progress posed by the new constitution have not yet managed to influence the thinking of the school population, which continues to express attitudes and values inspired by representative democracy introduced in the country by the constitution of 1886

**KEY WORDS:** Colombia: Representations of Citizenship, Citizenship and social factors, Formation of political subjectivities, Youth and Citizenship.

# REPRESENTACIONES DE CIUDADANÍA EN ESTUDIANTES FORMADOS A PARTIR DE LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Adaúlfo Enrique Mendoza M.\*

*“En efecto, dice Spinoza: En el tránsito hacia la libertad es natural e inevitable sentir miedo: terror de no tener ya nada de la esclavitud y las certezas y verdades sobre las que se asienta, y la nada de no tener todavía la libertad, pues aun nos encontramos en camino hacia ella. Entonces, sostiene Spinoza, mientras nos encontremos en el camino a la libertad es natural querer volver atrás (a la esclavitud) y renunciar a la libertad, pues se trata de algo que aún no reconoce, aún no posee, aun no es seguro que habrá y como será”.*

Carlos Eduardo Maldonado

## 1. SENTIDO Y VALIDEZ CIENTÍFICA DE LAS REPRESENTACIONES SOCIALES

El interés de la Historia, la Sociología, la Psicología y la Antropología por el estudio de las *representaciones sociales*, está relacionado con su gradual pero sólido proceso de despositivización y la ampliación de su espectro metodológico, como una de las principales consecuencias. El estudio de este giro epistemológico permite entender mejor las razones que llevaron a las Ciencias Sociales a rebelarse contra el positivismo y construir enfoques disciplinares estructurados sobre la legitimidad científica de las diversas formas en que los seres humanos elaboramos imágenes mentales sobre la realidad personal y social. El concepto de *representación social* se ha ido configurando metodológica y conceptualmente como una opción diferente a los dualismos, sean estos de inspiración platónica o cartesiana, lo cual ha posibilitado un horizonte epistemológico ampliamente favorable al reconocimiento de la subjetividad humana, contexto en el que aparecen inscritas las *representaciones sociales* y su interés por estudiar las diversas respuestas a la persistente pregunta que ha favorecido su desenvolvimiento: *¿Cómo construimos los seres humanos nuestro universo simbólico?* Cuestión

---

\* Historiador y Magíster en Historia Política de la Universidad Industrial de Santander. Especialista en Educación y Desarrollo Intelectual UNAB-FAMDI. Adscrito desde el 2004 al Dpto. de Estudios Humanísticos y Sociales de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB). Investigador con proyectos activos en los grupos *Transdisciplinariedad, Cultura y Política y Ciencia Política* de la UNAB.

que se responde de manera privilegiada a través de unos parámetros que reconocen la validez de las imágenes mentales generadas por la interacción entre los seres humanos.

Berger y Luckman en su clásica obra<sup>1</sup> reconocen el carácter subjetivo del concepto *representación*. Los autores en mención al considerar que “*la realidad se construye socialmente*”<sup>2</sup>, manifiestan su interés por mostrar las representaciones como inherentes a un mundo el cual los humanos asumimos como real y le reconocemos una serie de características, a pesar de la gran cantidad de elementos simbólicos que lo estructuran. Para la investigación que le dio origen a este artículo, resultan pertinentes los postulados de los autores mencionados en tanto muestran una serie de elementos que permiten abordar las *representaciones sociales*. De manera especial nos parece pertinente la insistencia de los autores en que las *representaciones* deben ser estudiadas en contextos específicos, ya que según ellos “lo que es real para un monje del Tíbet, puede no serlo para un hombre de negocios”<sup>3</sup>.

En relación con la forma en que son elaboradas, recuerdan los autores que este tipo de construcciones, son necesarias para entender el mundo social, no por la validez o no de los conocimientos que se adquieren, si no porque posibilitan entender “los procesos por los cuales [...] una realidad ya establecida se cristaliza para el hombre de la calle”<sup>4</sup>. Proceso que le da validez epistemológica al tema en tanto la asume como una categoría de análisis de las nociones e imágenes que las personas elaboran en su interacción con el mundo.

Desde el punto de vista del conocimiento social los autores mencionados proponen una explicación de los elementos que inciden en la construcción mental que de la realidad hacen las personas a partir de sus vivencias. Para ellos la realidad humana se organiza en primera instancia alrededor del aquí y del ahora, pero no se agota en las presencias inmediatas, debido especialmente a la activa interacción de los otros (mundo intersubjetivo). La realidad social, según ellos, se desarrolla en un *horizonte de tipificaciones que se vuelven progresivamente anónimas a medida que se alejan de la situación que les ha dado origen*. En ese proceso intersubjetivo de construcción de realidad, el lenguaje, entendido como producción humana de signos, juega un papel muy importante, en tanto permite precisamente objetivar las elaboraciones mentales.

---

<sup>1</sup> Berger, Peter y Luckman, Thomas. La construcción social de la realidad. Buenos Aires, 2003

<sup>2</sup> Ídem, p. 11

<sup>3</sup> Ídem, p.13

<sup>4</sup> Ídem, p.13

En cuanto a la sociedad como realidad objetiva los autores rastrean dos componentes: El de institucionalización y el de legitimación. Respecto al primero, parte del reconocimiento de que todas las actividades humanas están sujetas a la habituación y todos los procesos articulados a ella anteceden a toda institucionalización, la cual a su vez, aparece cada vez que se da una tipificación recíproca de acciones habitualizadas por los diversos actores sociales. Entonces, las instituciones sólidas implican historicidad y control. La legitimación, por su parte, indica al individuo por qué debe realizar una acción y no otra y por qué las cosas son como son. En esa línea Berger y Luckman proponen distintos niveles de legitimación que van desde los proverbios y sentencias, pasando por las teorías explícitas hasta llegar a los más complejos y distantes de la experiencia cotidiana: los universos simbólicos, productos sociales que tienen una historia pues a medida en que el ser humano se externaliza, construye un mundo en el que proyecta sus propios significados de la realidad.

El individuo no nace como miembro de una sociedad. Sería mejor reconocer que es integrado a ella, en parte porque es inducido a participar en la dialéctica planteada por los grupos humanos con los que interactúa. El punto de partida de este proceso lo constituye la internalización, esto es, la aprehensión o interpretación inmediata de un acontecimiento objetivo, en tanto manifestación de los procesos subjetivos de otro que en consecuencia se vuelven significativos para cualquier ser humano. La internalización se realiza a partir de socializaciones primarias y secundarias. La primaria comporta algo más que un aprendizaje puramente cognoscitivo. Se efectúa en circunstancias de enorme carga emocional. El niño o la niña aceptan roles y actitudes de los otros significantes. El yo es una entidad reflejada, el individuo llega a ser lo que otros significantes lo consideran y esto implica la internalización de la sociedad en cuanto tal pues, lo que es real por fuera se corresponde con lo que es real por dentro. El lenguaje es el vehículo principal de este proceso así como en la socialización secundaria lo es la división social del trabajo. En los desarrollos planteados por los procesos de socialización primaria el texto de Berger y Luckman brinda una herramienta clara para explicar el futuro de ese niño o niña como ser ciudadano, ya que las nociones de realidad aprendidas al respecto se mantendrán fuertes por las razones que vale la pena reiterar:

- El individuo puede llegar a ser lo que otros significantes lo consideran. En el tópico que nos ocupa el comportamiento ciudadano se interioriza a partir de lo que desde pequeño nos indican en alusión a lo que se debe ser y hacer.

- Lo que es real por fuera se corresponde con lo que es real por dentro, ya que nuestras percepciones del entorno sociopolítico cotidiano o trascendental se rigen en buena medida por esa subjetividad estructurada desde los primeros años.
- El lenguaje es el vehículo principal de este proceso. Entendido en este caso, en su sentido amplio, esto es, todas las formas posibles de comunicación en una sociedad.

En síntesis, las representaciones sociales constituyen una opción importante para abordar la realidad social, ya que reconocen la validez de las imágenes mentales que elaboramos los seres humanos. En relación con el objeto de estudio de la propuesta de investigación que le dio origen a este artículo, el estudio de las representaciones sociales, aporta elementos metodológicos para identificar, sistematizar e interpretar las nociones sociopolíticas estructuradas por las personas que hicieron parte del proceso investigativo, asuntos que se desarrollan en la siguiente sección.

## **2. NOTAS SOBRE EL PROCESO METODOLÓGICO**

Al reconocer que las representaciones sociales, surgen en un terreno en el que las acciones institucionales interactúan con los esquemas personales, vale la pena reconocer la dicotomía percibida con la celebración de los 20 años de la Carta política de 1991, ya que los flamantes eventos llevados a cabo muestran cómo unos sectores sociales se han apropiado de los principios instaurados por la nueva Carta política, pero a la vez invitan a reconocer que gran parte de las novedades introducidas por la pléyade de constituyentes no son aún de dominio público. El asunto es pertinente si tenemos en cuenta que la legitimidad de cualquier modelo político reposa precisamente en que gobernantes y gobernados conozcan y asuman las reglas de juego establecidas para regular la interacción social y política. Desde esta perspectiva el presente artículo socializa los resultados generales de una investigación llevada a cabo entre el 2007 y el 2009, concebida precisamente para responder si entre los postulados fundamentales de la Carta de 1991 y las representaciones políticas elaboradas por los estudiantes formados durante el tiempo de vigencia de los innovadores principios constitucionales, se dan relaciones de convergencia o divergencia.

Se toma como punto de partida que la promulgación de la Constitución de 1991, reorientó a todas las instituciones estatales, con el fin de alcanzar los nuevos propósitos, encaminados todos ellos a reconciliar a la nación con el entramado gubernamental. El sistema educativo fue uno de los ámbitos institucionales que más oportunamente asumió el proceso de actualización.

La implementación de la ley 30 de 1992 y de la ley 115 de 1994, generó toda una serie de dispositivos curriculares, metodológicos y organizativos para forjar desde el aula al nuevo modelo de sujeto imaginado como el ser que debía manifestar en sí mismo los principios más valiosos de la nueva Carta política. Hoy, 20 años después, vale la pena preguntarse por la eficiencia de estos procesos, pensados e implementados para estimular desde el aula, propósitos eminentemente democráticos, tales como:

- La participación de todos en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.
- El respeto a la vida y a los demás derechos humanos, a la paz, a los principios democráticos, de convivencia, pluralismo, justicia, solidaridad y equidad, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad.
- La adquisición de una conciencia para la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente, de la calidad de la vida, del uso racional de los recursos naturales, de la prevención de desastres, dentro de una cultura ecológica y del riesgo y la defensa del patrimonio cultural de la Nación.

Estos y otros aspectos muestran la nitidez con la que se identificó el camino a recorrer para lograr aproximar las concepciones de la nueva carta a las estructuras de pensamiento de las personas escolarizadas, afectadas también por el entorno familiar, ámbito que se incluyó, especialmente para rastrear su articulación con los procesos de configuración de las ideas políticas de sus integrantes más jóvenes.

### **3. SIGNOS Y SÍNTOMAS REVELADOS POR LA TABULACIÓN DEL INSTRUMENTO**

Para obtener la información se aplicó un instrumento organizado en cuatro secciones: La primera de ellas interesada en establecer los niveles de recordación, comprensión y expresión escrita de los términos básicos asociados a la democracia representativa y la participativa, como los dos modelos políticos que se han ensayado en el país. La segunda, enfocada a precisar la correlación entre la educación recibida y la comprensión de los principios constitucionales relacionados con el ejercicio ciudadano. Las restantes secciones examinaron la incidencia del medio familiar y los medios de comunicación en la configuración del criterio político de cada una de las personas que aceptaron desarrollar los aspectos planteados en el instrumento. Una vez tabuladas las respuestas, se ubicaron tres grandes tendencias: La primera de ellas denominada tradicional, por reproducir aspectos directamente vinculados con la democracia representativa. La segunda fue denominada como democrático – liberal, en tanto

reconocía aspectos relacionados con la democracia participativa, y la tercera caracterizada por expresar ideas medianamente escépticas ante los principios democráticos.

El siguiente paso consistió en seleccionar al menos tres personas por cada una de las tendencias identificadas y a través de una entrevista semiestructurada rastrear los factores sociales más influyentes en la configuración de su juicio político. Los resultados más significativos arrojados tras llevar a cabo el proceso mencionado indican que en relación con la comprensión de conceptos políticos básicos para entender la ciudadanía<sup>5</sup> la tendencia predominante describe con mayor coherencia, términos políticos asociados al modelo político planteado por la Constitución, tales como Personero Estudiantil, Presidente de la República o Democracia Participativa, los dos primeros muy cercanos al estudiante; el primero en su proceso de formación y el segundo por ser una figura gubernamental cuyas ideas y acciones cuentan siempre con una amplia difusión mediática. Las siguientes respuestas reflejan las tendencias percibidas:

---

<sup>5</sup> Se asume que la ciudadanía como concepto tiene sentido en medio de un contexto muy particular. Dentro de la tradición política de Occidente la noción de ciudadanía es paralela a la emergencia del Estado *Democrático Liberal* centrado en el individuo, depositario original del poder político. Desde esta manera de organización, la democracia cumple la función de mantener la condición originaria de los miembros de las respectivas comunidades políticas. En esta investigación se asumen la sociedad y la democracia como las categorías matrices. De estas dos se derivan prácticamente todos los conceptos, partiendo de los más generales o abstractos, hasta los más particulares o concretos. Para el análisis se asume el siguiente orden: Se parte del concepto de sociedad, no solo por mantener la idea de que son los seres humanos los que voluntariamente y en contextos específicos participan de procesos que afectan de manera significativa el destino personal y colectivo. Una de las opciones de los seres humanos organizados en comunidades políticas es configurar un modelo político que mantenga en el tiempo sus libertades y derechos. La intención no puede ser otra que ubicar en los imaginarios de los estudiantes ese tipo de comprensiones, claves para asumir la democracia como *una* forma de organización de la vida personal y colectiva. El análisis prosigue con la antinomia democracia participativa – representativa, formas históricas con las que se ha concebido el poder político en Colombia; posteriormente se incluyen lo público y lo privado como dos escenarios en constante tensión en tanto representan intereses generalmente opuestos. Los conceptos de gobierno escolar, revocatoria del mandato, elecciones, presidente y personero pretenden básicamente establecer los niveles de comprensión en diferentes ámbitos de la vida social de la presencia de prácticas y valores inspirados en el concepto de democracia implícito en la Constitución de 1991.

**CUADRO I**  
**TENDENCIAS IDENTIFICADAS CON RELACIÓN A LA COMPRESION DE TÉRMINOS**  
**POLITICOS**

<b>TÉRMINO</b>	<b>TRANSCRIPCIÓN RESPUESTAS TIPO I: MENOR NIVEL DE CONCEPTUALIZACIÓN</b>	<b>TRANSCRIPCIÓN RESPUESTAS TIPO II: MAYOR NIVEL DE CONCEPTUALIZACIÓN</b>
<b>PERSONERÍA ESTUDIANTIL</b>	“ <u>Comité</u> que se hace para elegir el representante de los estudiantes en una institución”	“Forma de inculcar en los estudiantes el gusto y la participación por lo democrático”
<b>PRESIDENTE DE LA REPUBLICA</b>	“ <u>Jefe</u> mayor del Estado. Autoridad que decide sobre lo malo y lo bueno en una Nación”	“Persona que lleva las riendas de la Nación. Representa los intereses del pueblo que manda. Tiene una labor semejante a la del Personero, la cual es velar por la comunidad, en este caso el país”
<b>DEMOCRACIA PARTICIPATIVA</b>	“Supongo que la democracia participativa se da cuando alguien habla acerca de lo que [se] piensa y se está viviendo”	“Es una forma política de gobernar, incluyente e igualitaria, que no deja a nadie por fuera (...) Es el gobierno del pueblo”

Las palabras subrayadas reflejan la desconexión entre lo percibido por las personas que asumieron la gestión del instrumento y el sentido que tienen los términos desde los principios y postulados planteados por la Constitución. Catalogar la Personería estudiantil como un Comité, no tiene ninguna relación con una acción implementada para propiciar vivencias democráticas desde el ámbito educativo. Preferir la palabra Jefe para referirse al Presidente de la República y no tocar para nada el carácter misional de esta institución del poder ejecutivo en la protección de los derechos y libertades de todos los habitantes del país, refleja la clase de atributos que las personas ven en la persona que ejerce como tal. Finalmente reducir la Democracia

Participativa a la posibilidad de expresarse, omitiendo las posibilidades de intervenir directamente en la toma de decisiones, las ejecuciones públicas y poder ejercer control sobre la gestión estatal en las diversas esferas estatales.

En relación con la valoración del papel de la educación, resulta claro, de acuerdo con la tendencia percibida, que la oficial es más eficiente que la privada en la promoción de conceptos políticos claves. Ello se pudo evidenciar a través de una mejor descripción, de quienes declararon provenir de dichas instituciones, de las vivencias democráticas ocurridas durante el proceso de escolarización, esto en virtud de que se entiende mejor el concepto de gobierno escolar. A su vez los estudiantes que provienen de colegios privados se inclinan a reconocer la figura de este proceso, es decir al Personero, pero desconectado del contexto que le da origen y sentido a esta estrategia. Las dos tendencias pueden ser explicadas por el mayor contacto que tienen los estudiantes de las instituciones oficiales con la problemática sociopolítica del país y el énfasis de las instituciones privadas en privilegiar la dimensión cognitiva de los procesos constitucionales, evitando afectar de esa manera la cotidianidad institucional.

A pesar de las diferencias enunciadas en la sección anterior, los niveles de conceptualización no superan la identificación de acciones específicas relacionadas con la conformación del gobierno escolar, ya que es muy baja la comprensión de conceptos más amplios (democracia participativa o representativa) o de los mecanismos a través de los cuales la democracia participativa se operacionaliza. El valor que se le da a la limitada expresión de los términos tiene que ver con que la democracia es un sistema complejo, que requiere para su adecuado funcionamiento, niveles adecuados de pensamiento en las personas que viven bajo sus estructuras.

En relación con la familia, el análisis de las tendencias en algunas carreras, indica que:

- Aunque los asuntos políticos se tocan generalmente con el padre, los estudiantes están adoptando valores asociados de acuerdo con la tabulación, con la línea materna.
- En la población femenina, en la que predomina la línea materna, las consideraciones de las personas encuestadas aparecen asociadas a valores tradicionales.
- En la población masculina, en la que predomina la línea paterna, aparece como relevante el apego a los valores tradicionales.

Estos resultados reflejan básicamente que la familia está incidiendo básicamente en la promoción de valores políticos tradicionales y asumiendo algunos valores democráticos, restringidos básicamente a la vida familiar<sup>6</sup>. No se encontraron evidencias de que la familia sea un ámbito adecuado para la formación de sus miembros más jóvenes para la vida democrática. Desde estas consideraciones las familias a las que pertenecen los estudiantes se mantienen dentro de los supuestos de Rosanvallon, autor que considera a este ámbito social como un factor opuesto a la ciudadanía, en tanto esta esfera generalmente se concibe en función de sus propios intereses; esto la desvincula de los propósitos colectivos más amplios .

En relación con el género aparece como clara la tendencia de que los hombres evidencian mayores habilidades para describir de manera más adecuada las nociones y conceptos relacionados con la ciudadanía, que las mujeres.

En síntesis, asumiendo los resultados del instrumento y de las entrevistas como indicios de los niveles de comprensión de la ciudadanía en los estudiantes que hicieron parte de la muestra, tenemos en relación con los factores analizados que la familia, aparece como un ámbito social vinculado con la reproducción de valores tradicionales o valores nominalmente democráticos, pero asumidos fundamentalmente en el ámbito personal, esto es, sin ninguna vinculación con la formación de miembros de una comunidad política fundada sobre la autonomía, la solidaridad y el predominio del interés general.

A continuación se plantearán razones de carácter estructural para explicar las tendencias percibidas en relación con el sistema educativo y la familia.

#### **4. FAMILIA Y EDUCACIÓN COMO FACTORES PREPONDERANTES**

##### **4.1 MIRADA AL CONTEXTO FAMILIAR**

Hablar de la familia como factor social en la configuración de representaciones de ciudadanía, desde los resultados obtenidos implica reconocer que si bien en el medio familiar el padre mantiene aun el predominio sobre los temas políticos, es evidente que es la figura materna la que más está incidiendo en la formación de valores *nominalmente* democráticos, esto en virtud de las variaciones que ha presentado en las ultimas dos décadas esta institución social. Este

---

<sup>6</sup> En prácticamente todos los casos valores democráticos como la autonomía o la libertad, aparecen conectados al entorno familiar y no al ámbito político. Esto quiere decir que en casa se insiste en la capacidad de responder por los actos, pero se bloquean las acciones y pensamientos de los jóvenes relacionadas con el ejercicio de afirmar su propias decisiones políticas, sobre todo cuando no coinciden con la de los padres.

tipo de ideas se pueden verificar no solo a través del análisis del instrumento, sino también a través de las entrevistas realizadas en las que el elemento común es el reconocimiento de que:

“La mujer apenas está ganándose unos espacios que antes no tenía, sin embargo pienso que un factor muy importante [...] el hecho de que la mamá haga, o sea parte activa, sea parte cooperante porque produce, permita no solo tener voz y voto y tenga la capacidad de decidir [...] En aquellas familias en las que la mujer no aporta, por supuesto la voz que decide es la del papá”.<sup>7</sup>

La anterior consideración nos remite a la idea según la cual las nuevas generaciones reconocen el peso de la figura paterna<sup>8</sup> en la configuración de su juicio político, debido en parte a unas estructuras que han invisibilizado a la mujer tal como lo reconociera Virginia Gutiérrez de Pineda al afirmar que:

“a la mujer no se le han permitido, ni se le han dado responsabilidades económicas, ya sea en relación con sus propios haberes, en las clases altas, mientras dentro de los grupos bajos y medios, ha de moverse en el mundo de los negocios bajo la actitud protectora o nominal del marido, del compañero (relación marital) o del hijo que la representa ante la sociedad (...). Por otra parte la subvaloración de la capacidad mental y empresarial, actúa en grado considerable en esta actitud social y el complejo de la autoridad familiar centofocalizada en el marido es lesionada indirectamente”.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Entrevista a estudiante.

<sup>8</sup> En la ya clásica obra de Virginia Gutiérrez, el área santandereana ha sido siempre definida como un complejo cultural configurado en función del padre. Para la investigadora en mención el legado hispánico de los primeros años de la Colonia es en parte el principal responsable histórico, al ser portador e impulsador en esta área geográfica de este contenido patriarcal. Siguiendo de manera literal la argumentación de Gutiérrez de Pineda, este complejo cultural se alimentó de la inveteradas estructuras familiares que se transplantaron de España, las cuales ya desde la Colonia acusaban este marcado poder de autoridad paternal, reforzado por su estrecha articulación con otros ámbitos sociales, como la religión, la justicia y la economía.

<sup>9</sup> Gutiérrez de Pineda, Virginia. *Familia y cultura en Colombia*, p. 197

Esta valoración aunque tiene plena vigencia para todo el siglo XIX y gran parte del XX, amerita tener en cuenta como lo hicieron miembros del equipo investigador de Gutiérrez de Pineda, que durante la década de los noventa se manifestaron de manera plena algunas transformaciones sociales, jalonadas en parte por modificaciones demográficas, creciente urbanización y un acelerado ingreso de la mujer al ámbito educativo y laboral<sup>10</sup>. Lo cual no se alcanza aun a evidenciar en las respuestas de las personas encuestadas quienes aún reconocen en el ámbito político el predominio de la figura paterna, aunque adoptan mucho más los valores inspirados en la línea materna. En este sentido aparece como claro que esta línea asume con cierta conciencia el hecho de orientar de manera casi exclusiva la formación de los hijos, lo cual explica el énfasis pragmático de la escala de valores asumida para llevar a cabo este proceso. En algunas entrevistas las estudiantes al ser interrogadas sobre por qué ellas habían manifestado como relevantes valores tradicionalmente asociados con la crianza de los hijos varones, tales como la autonomía o la libertad, prácticamente todas coincidieron en afirmar que sus progenitoras o tutoras insistían en ellos, pensando más en aumentar los niveles de alerta ante los riesgos generados por la intrincada vida social que ellas debían asumir, que en patrones de formación para asumir de manera adecuada la vida democrática. Este tipo de circunstancias se entienden mucho mejor desde el punto de vista histórico al reconocer que:

“la sexualidad femenina ha sido objeto de control especial. Su capacidad reproductiva comprometía social y jurídicamente, no sólo la perpetuación de la sangre y los apellidos del marido, sino también la transmisión de sus propiedades. Ha existido históricamente una categoría que designa claramente este fenómeno y es lo que socialmente se entiende por «honor». Efectivamente, el honor del marido no estaba referido a él mismo, sino a la castidad de su esposa e inclusive de sus hijas”.<sup>11</sup>

#### **4.2 EDUCACIÓN Y COMPRENSIÓN DE CONCEPTOS DEMOCRÁTICOS**

En general, la población que hizo parte de la muestra reconoce al sistema educativo en primer lugar y a la familia en el segundo como los determinantes de su forma de pensar, lo cual genera muchos cuestionamientos a las constantes reformas del sistema educativo que se vienen

---

<sup>10</sup> En el anexo 3 se puede observar cómo el acceso al mercado laboral para la mujer se ha dado de manera inequitativa.

<sup>11</sup> Velásquez Toro, Magdala. *Condición social y jurídica de la mujer*. Nueva Historia de Colombia. Tomo IV. Pág. 15

efectuando desde hace unas dos décadas y que, por lo menos oficialmente, se han justificado y promovido para preparar ciudadanos activos más acordes con las propuestas de democracia participativa de la Constitución del 91. Eso explica por qué el concepto más familiar para los estudiantes sea el de personero, una figura política a la que todos se aproximan en la educación básica y media. Paradójicamente el concepto de Gobierno Escolar no es tan claro en ellos y mucho menos los mecanismos de participación ciudadana incluidos como opciones.

Dos cosas pueden estar ocurriendo en relación con el hecho de que el de personero sea el concepto más claro para ellos y que el Gobierno Escolar aparezca como una categoría imprecisa y ambigua<sup>12</sup>. En primer lugar, la participación política de la niñez escolarizada se limita a un experimento político derivado del interés por articular los principios democráticos derivados de la Constitución con escenarios estratégicos como el educativo. La tendencia percibida, de acuerdo con las entrevistas realizadas, permite plantear que todos los fundamentos detrás de esta iniciativa han sido reducidos al proceso de elección de los Presidentes de Aula y del Personero, con unas posibilidades muy reducidas de actuar, una vez se ha llevado el proceso electoral. Esto se traduce en que dicho simulacro político se desvirtúa en un esquema de democracia representativa, lo cual bloquea de manera sistemática la consolidación de los principios democráticos asociados a la estrategia que le dio origen. La segunda cuestión, puede estar relacionada con la continuidad de los esquemas más tradicionales en el ámbito educativo, los cuales en el mejor de los casos complementan la realización de los procesos electorales con el desarrollo de la Cátedra sobre la Constitución Política, sin que esta llegue a transformar la vida cotidiana de la comunidad educativa, en la que pocas veces se pueden percibir aspectos tan inherentes a la Carta del 91 como autonomía, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso, interés general o pluralidad. Lo que sí se percibe con mayor frecuencia es el afán de las instituciones educativas por imponer un Proyecto Educativo y un Manual de Convivencia, para mostrar ante los organismos de supervisión e inspección o diseñados de manera tan vertical, pero que poco o nada permea la realidad de los estamentos que integran la comunidad educativa, ya que el proceso mediante el cual se elabora e implementa es vertical en la gran mayoría de los casos.

---

<sup>12</sup> Esto en virtud de que las expresiones de la población encuestada no hace alusión a la definición del Gobierno Escolar, como una estrategia para estimular vivencias democráticas en el ámbito educativo. Bajo la premisa de que la participación es un asunto al que se puede llegar a través del aprendizaje, el Gobierno Escolar se implementó pretendiendo con ello propiciar la participación de todos los estamentos de la comunidad educativa en la administración de la escuela.

Finalmente está el hecho de que las opciones de participación ciudadana aparecen indicando el predominio del voto como mecanismo de participación sobre todos los demás que se plantearon como opciones alternativas. Dato que permite reconocer que las personas formadas al amparo de la Constitución se han configurado como sujetos que disfrutan de las comodidades que ofrece la democracia, con muy pocas preocupaciones sobre los principios que hacen posible este modelo político. Un ciudadano que concibe el espacio de lo colectivo para colaborar con los otros en un esquema asistencialista o caritativo pero no ve en su sociedad una plataforma de transformación ni mucho menos el escenario del ejercicio del poder, en suma una persona que no ejerce la democracia participativa y que se resigna a delegar en sus representantes el destino de los integrantes de la colectividad.

## **5. CONCLUSIONES**

La revisión de los imaginarios sociopolíticos elaborados por las personas que participaron en la muestra permite afirmar que factores sociales como la familia y la educación no han sido eficientes en la formación de subjetividades políticas inspiradas en los principios de la Constitución de 1991. En el caso de la familia se percibió la reproducción de esquemas tradicionales o poco vinculados con el escenario democrático planteado por la Carta del 91. La figura paterna aparece vinculada con la promoción de valores políticos tradicionales, mientras que la madre aparece vinculada con la promoción de valores relacionados con asuntos muy particulares del entorno familiar, ajenos usualmente a las formas de pensar y actuar en una sociedad genuinamente democrática.

El sistema educativo, a su vez, tomando en cuenta todas las acciones que se han gestionado desde 1991 para actualizarlo a los nuevos parámetros constitucionales, se percibe de espaldas a los principios derivados de la Carta política: La continuidad de las prácticas, rutinas y criterios de formación de la escuela fundada bajo los rígidos preceptos de la Constitución de Caro y Núñez, la ascendente influencia que tienen los criterios definidos por el mercado para formular las políticas y los proyectos educativos y la ambigua renuncia del entramado institucional para hacer valer a través de la inspección, los fundamentos filosófico – políticos de la nueva Carta, podrían ser planteados como las principales razones del fenómeno descrito.

## **FUENTES**

### **PRIMARIAS**

Constitución Política de Colombia de 1991

Estudiantes entrevistados

Ley 30 de 1992

Ley General de Educación

### **SECUNDARIAS**

ARISTÓTELES. La Política. Editorial Altaya. Barcelona. 1993.

BERGER, Peter y LUCKMAN, Thomas. La construcción social de la realidad. Amorrortu Ediciones. Buenos Aires. 2003.

GONZALEZ, Fernán. Partidos políticos y poder eclesiástico. Cinep. Bogotá. 1977

GUTIERREZ DE PINEDA, Virginia. Familia y cultura en Colombia. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín, 2000.

\_\_\_\_\_ Estructura, función y cambio de la familia en Colombia. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín, 1999.

HELG, Aline. En: La educación en Colombia: 1918-1957. Fondo Editorial. CEREC. Bogotá. 1987.

HOYOS VASQUEZ, Guillermo. Los intereses de la vida cotidiana y las ciencias. Ediciones Universidad Nacional. Bogota, 1986.

JARAMILLO URIBE, Jaime. La Historia de la Pedagogía como historia de la cultura. Fondo Nacional Universitario. Bogotá. 1990.

\_\_\_\_\_ Estado, Sociedad e individuo. En: El pensamiento Colombiano en el siglo XIX. Editorial Temis 1964.

LEBOT, Ivon. Elementos para la historia de la educación en Colombia. DANE. Bogotá. Sf.

MOLANO, Alfredo. Evolución de la Política Educativa en el siglo XX. Bogotá. Centro de investigaciones de la UPN. 1982.

MOLINA, Gerardo. Las ideas liberales en Colombia. Tercer Mundo. Editores. Bogotá. 1990.

OCAMPO LOPEZ, Javier. Educación, Humanismo y Ciencia. Tunja. 1987.

ORTIZ MESA, Luís Javier. Et al. Ganarse el cielo defendiendo la religión: Guerras civiles en Colombia 1840-1902. Editorial Universidad Nacional. Bogotá. 2005.

ROSANVALLON, Pierre. La consagración del ciudadano. Instituto Mora. México. 1999.

SAENZ OBREGÓN, Javier. Et al. Mirar la infancia: Pedagogía, moral y modernidad en Colombia. Colciencias / Ediciones Foro Nacional por Colombia. Editorial Universidad de Antioquia. Medellín. 1997.

VAZQUEZ, Rodolfo. Educación Liberal. Ediciones Fontamara. México. 1999.

VELÁSQUEZ TORO, Magdala. Condición social y jurídica de la mujer. Nueva Historia de Colombia. Bogota. Tomo IV.

## LA DETENCIÓN DOMICILIARIA EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

AUTOR: Luís Francisco Casas Farfán  
FECHA DE RECEPCIÓN: Septiembre 06 de 2011  
DIRECCIÓN: pachocasas@hotmail.com

**RESUMEN:** El presente artículo es producto de la investigación titulada "Estudio jurisprudencial y doctrinal sobre la Responsabilidad penal"; el cual plantea que la detención preventiva, en cualquiera de sus dos modalidades: establecimiento carcelario o en lugar de residencia, es una medida cautelar de carácter personal, admisible de vieja data en los procesos penales. Su reconocimiento y procedencia tienen fundamento constitucional, como quiera que con tal instituto jurídico se adopta un instrumento idóneo para alcanzar fines inherentes a las autoridades estatales, tales como la protección de la comunidad, de las víctimas, así como la preservación de pruebas o la garantía de comparecencia del procesado al proceso.

**PALABRAS CLAVES:** Instituto jurídico, Responsabilidad penal, Detención domiciliaria, Constitución política, Derechos constitucionales.

**ABSTRACT:** This paper is the product of research entitled "Study jurisprudence and doctrine on the criminal responsibility" which posits that preventive detention, in either of two ways: in the prison establishment or residence, is a precautionary measure personal, longstanding admissible in criminal prosecutions. Its recognition and source are constitutional basis, however it provided Law Institute adopting an ideal instrument for reach objectives inherent to the state authorities, such as community safety, victims and preserving evidence or ensuring the appearance of the accused process.

**KEY WORDS:** Institute legal, criminal, home detention, Constitution, Constitutional rights.

# LA DETENCIÓN DOMICILIARIA EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Luis Francisco Casas Farfán\*

A Laureano Gómez Serrano, mi maestro.

*In memóriam.*

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La detención preventiva, en cualquiera de sus dos modalidades: establecimiento carcelario o en lugar de residencia es una medida cautelar de carácter personal, admisible de vieja data en los procesos penales. Su reconocimiento y procedencia tienen fundamento constitucional, como quiera que con tal instituto jurídico se adopta un instrumento idóneo para alcanzar fines inherentes a las autoridades estatales, tales como la protección de la comunidad, de las víctimas, así como la preservación de pruebas o la garantía de comparecencia del procesado al proceso.

La presunción de inocencia, por su parte, es una cara garantía procesal reconocida igualmente en el ámbito constitucional y en el estándar internacional de los derechos humanos. Conforme a tal principio, no se puede tomar como responsable a aquel que está siendo procesado, pues mientras no sea vencido en juicio debe presumírsele inocente.

Vistas así las cosas, es evidente que la detención preventiva y la presunción de inocencia están en una permanente tensión, pues al fin de cuentas, la aplicación de aquella implica la privación o restricción a la libertad del procesado que aun no ha sido vencido en juicio y que, por ende, debe presumírsele inocente frente a las imputaciones que se le han hecho.

---

\* Docente Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derecho Público y Derecho Penal Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Derecho Constitucional Universidad Libre. Magíster en ciencias penales de la Universidad Externado de Colombia.

El legislador colombiano, consciente de la complejidad que implica regular la detención preventiva para no caer en una fácil antinomia del ordenamiento jurídico, discutió y plasmó en el Código de procedimiento penal una serie de disposiciones jurídicas que sirven de criterio hermenéutico para resolver un caso concreto.

En efecto, no es gratuito que se defina la libertad como principio rector del proceso penal colombiano, pues ello sólo reitera los postulados constitucionales que la conciben como valor (preámbulo), fin (artículo 2) derecho (artículo 28) y garantía (artículo 28 y 29). De igual modo, no resulta extraño, y antes bien, es una reafirmación de la importancia otorgada a esa libertad, haber afirmado en el artículo 295 del C.P.P., que “las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional” y que “sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales”.

Pese a lo anterior, las reformas introducidas por la ley 1142 de 2.007 al Código de procedimiento penal, así como la interpretación que de algunas normas jurídicas se ha hecho, han desnaturalizado el esquema original, motivando el desconocimiento del test de proporcionalidad, lo que conlleva a que la detención preventiva sea regla general y no propiamente excepción en los procesos que se ventilan en la jurisdicción penal.

Específicamente es interesante observar cómo la ley 1142 de 2.007 introdujo un párrafo al artículo 314 del C.P.P., con la intención de evitar que en casos en los que se adelante un proceso por cierto tipo de delitos allí reseñados, se sustituya la detención preventiva en establecimiento carcelario por la domiciliaria, con lo cual el legislador impone una regla que, de alguna manera, busca que el juzgador parta de una presunción de necesidad de medida, con lo que se está propiciando la dispensa de hacer análisis enmarcados en test de proporcionalidad.

El problema reseñado nos lleva a recordar las palabras del profesor Alberto Bovino: “A pesar del reconocimiento de estas garantías en el ámbito normativo de mayor jerarquía -esto es, en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos-, tanto las prácticas cotidianas de la justicia penal como la regulación legislativa del procedimiento penal de los países de América Latina se han impuesto en nuestra realidad. Estas circunstancias, continuadoras de una acendrada tradición autoritaria y manifiestamente antiliberal, heredada de la cultura colonial hispánica, han impedido, de hecho, toda posibilidad de lograr el respeto efectivo de la garantía de libertad y del principio de inocencia. Según los estudios empíricos, nuestros países recurren,

como *regla*, al encarcelamiento cautelar de personas inocentes, como si se tratara de una pena anticipada”.<sup>1</sup>

## **2. REQUISITOS PARA IMPONER UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**

Conforme a lo preceptuado en el artículo 308 del C.P.P., se indica que para imponer una medida de aseguramiento se requieren dos condiciones sustanciales y una condición de procedibilidad:

En relación con las condiciones sustanciales tenemos que ellas son:

- a. Una inferencia razonable “que el imputado pueda ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”.
- b. Se acredite la necesidad de imponer la medida de aseguramiento para salvaguardar alguno de sus fines.

La condición de procedibilidad es doble: Por un lado la exigencia de requerirse petición expresa de la Fiscalía General de la Nación, lo que indica que no puede oficiosamente imponerse tal medida asegurativa; y, en segundo lugar, su procedencia tan sólo a partir de la formulación de imputación.

Descrito el panorama general de procedencia de la medida de aseguramiento, menester es entonces profundizar en cada uno de ellos:

### **2.1. INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN DE UNA CONDUCTA DELICTIVA**

#### **2.1.1. EXIGIBILIDAD DEL ESTUDIO DE LA INFERENCIA RAZONABLE**

La primera dificultad que se observa en la praxis judicial es la confusión que se genera entre el contenido del artículo 286 del C.P.P., y la exigencia de este requisito para imponer medida de aseguramiento; veamos:

---

<sup>1</sup> BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1.998. Página 150.

El artículo 286 del C.P.P., define lo que es la formulación de imputación, destacando que es un acto de comunicación, por lo que no comporta una decisión judicial susceptible de recursos. Por su parte, el artículo 287 de la misma obra regla que sólo es procedente que el fiscal formule imputación “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.

Obsérvese cómo la expresión “inferir razonablemente” se utiliza tanto en el artículo 287 C.P.P., referido a la imputación, como en el artículo 308, ibídem, alusivo a los requisitos para imponer medida de aseguramiento. Esta coincidencia terminológica ha llevado a una inadecuada práctica judicial cual es creer que como quiera que la medida de aseguramiento sólo se efectúa con posterioridad a la formulación de imputación, el juez de control de garantías queda eximido de analizar tal requisito de la inferencia razonable, pues se da por descontado que ello ya aconteció, precisamente, en la audiencia de formulación de imputación.

No se duda en calificar de inadecuada interpretación, pues ello repugna con una correcta hermenéutica de las disposiciones jurídicas en comento, tal y como se indica a continuación:

En la audiencia de formulación de imputación no se profiere decisión, sólo se comunica al imputado y a su defensor de la existencia de una investigación penal. El juez de control de garantías es testigo de excepción de dicha comunicación y su rol está circunscrito a asegurar que se ha comprendido la imputación, así como los derechos que se adquieren plenamente a partir de tal momento procesal (artículo 8 del C.P.P.); e igualmente, comprender el deber de no enajenar bienes sujetos a registro por el lapso de 6 meses. De la misma manera, la actividad del juez constitucional en ésta audiencia debe garantizar que se le otorgue al procesado la oportunidad de allanarse a los cargos con miras a obtener una rebaja de pena y que, en el evento de hacerse tal cosa, corroborar que la manifestación de voluntad del procesado sea libre.

En esa audiencia de imputación el fiscal es quien hace la comunicación y no está obligado a presentar elementos materiales de prueba que soporten la imputación. De igual modo, es el fiscal el que toma la decisión de imputar o no al procesado, siendo que dicha decisión se efectuará cuando, a juicio del fiscal, éste infiera razonablemente la existencia de una conducta delictiva y que el procesado es autor o partícipe de la misma.

Dicho de manera más simple: El destinatario del artículo 287 del C.P.P., es el fiscal a cargo de la investigación, luego la inferencia razonable a la que se refiere dicha norma sólo le compete hacerla a esa parte procesal; no es susceptible de contradicción por la defensa, como tampoco por el juez de control de garantías, quienes sólo están habilitados para llevar a cabo las solicitudes de aclaración necesarias para que la comunicación, propia de la audiencia de formulación de imputación, sea lo más clara posible.

Por el contrario, la inferencia razonable del artículo 308 del C.P.P., tiene un destinatario diferente: es el juez de control de garantías y ello, en razón a que esa inferencia no es el soporte de una comunicación, como en la imputación, sino de una decisión judicial: la imposición o no de una medida de aseguramiento. Como toda decisión judicial, ella sólo será posible luego de haber surtido la respectiva contradicción, esto es, después que la defensa haya cuestionado o no la configuración de esa inferencia razonable.

Así, salta a la vista que obviar el análisis de la inferencia razonable en la audiencia de medida de aseguramiento es pretermitir el estudio de una de las condiciones necesarias para edificar la medida restrictiva de la libertad, con lo cual, se está conculcando el principio según el cual esa medida cautelar de carácter personal es excepcional.

Visto entonces que la inferencia razonable de que trata el artículo 308 del C.P.P., es soporte del *petitum* de medida de aseguramiento, resulta lógico concluir que el solicitante debe acreditar probatoriamente tal configuración. Así, resulta absurdo y contrario a la filosofía restrictiva de las medidas de aseguramiento, indicar que no le compete al juez de control de garantías analizar elementos materiales de prueba, evidencias físicas o información legalmente obtenida que soporten la inferencia razonable, pues evidentemente sin hacer tal ejercicio valorativo no podría el juez construir en su intelecto la inferencia lógica que se exige para imponer la medida cautelar.

El propio artículo 306 del C.P.P. expresa que la solicitud de medida de aseguramiento debe estar soportada de “los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia”, siendo que tales exigencias resultaron avaladas y reiteradas por la Corte Constitucional en sentencia C 1154 de 15 de noviembre de 2.005 con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa.

Por supuesto, la exigencia de acreditar con elementos de prueba la inferencia razonable no es extraña; por el contrario, es una obviedad si se tiene en cuenta que toda decisión judicial debe

estar edificada en tres elementos: lo fáctico, que debe estar soportado en lo probatorio, para establecer el fundamento jurídico correspondiente. No se trata de crear, como se dice coloquialmente, de hacer un mini-juicio, se trata de expresar las bases probatorias que tiene la fiscalía para estimar que se cumple con esa primera exigencia normativa de la medida de aseguramiento.

Siendo el fiscal el peticionario de la medida cautelar, es claro que esta parte es la que determinará cuántos elementos de prueba pone en conocimiento de las partes e intervinientes y del juez de control de garantías a fin de predicar la existencia de una inferencia razonable de autoría o participación en la comisión de un delito. Dicho de otro modo: no es que surja una exigencia de descubrimiento de evidencias a cargo del fiscal, éste puede reservarse la divulgación de información que tenga en su poder. El fiscal es quien escoge los elementos que considere necesarios para el éxito de su petición, lo que no quiere decir que con esa exigencia el juez de control de garantías también llegue a la convicción que se está ante una inferencia razonable.

### **2.1.2. CONTENIDO DE LA INFERENCIA RAZONABLE**

Inferir es concluir, deducir una cosa de otra. En lógica se entiende como una operación mediante la cual extraemos como conocida una proposición a partir del conocimiento de otras proposiciones denominadas premisas. El calificativo razonable nos lleva a terrenos de la criteriología, indicándonos que se trata de una deducción enmarcada dentro de la razón y que nos exige el reconocimiento de la conclusión en términos de probabilidad y no de mera posibilidad.

En la legislación anterior no se aludía a la inferencia razonable, sino que se exigía, para imponer una medida de aseguramiento, dos indicios graves de responsabilidad. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de precisar el término “indicio grave” cuando advirtió que:

***“La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en el ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de***

***aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.***

***Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve, cuando se revela como una entre varias causas probables, y podrá dársele la menguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado”.***<sup>2</sup>

Creemos que los alcances que le dio la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a la expresión “indicio grave” es perfectamente predicable de la inferencia razonable de que trata la ley 906 de 2.004, pues es claro que el calificativo utilizado quiere otorgarle un plus a la mera deducción que pueda hacerse.

Ahora bien, ¿qué es lo que se debe inferir razonablemente? Dos cosas: la existencia de una conducta delictiva y la imputación a título de autor o partícipe.

Significa lo dicho que en primer término debe acreditarse, mediante la exhibición de elementos de prueba, la presunta comisión de un delito, concepto complejo que implica la conducta con un triple calificativo: típica, antijurídica y culpable. Una vez más se dice: No es acreditar plenamente o en grado de certeza la comisión de un delito, sólo en términos de probabilidad, es decir, hay que mostrar evidencias que lleven a deducir que se cometió un comportamiento que se adecua a una conducta típica y que además esos elementos de prueba no indican exclusiones de antijuridicidad o de culpabilidad o, lo que es lo mismo, que también se reputa como probable la presencia de dichos elementos del punible. Así por ejemplo, puede que la evidencia recaudada nos muestre que una persona portaba consigo una sustancia alucinógena prohibida más allá de la dosis personal, sin embargo, por la cantidad y por el contexto del caso puede advertirse como probable que se está ante un caso de consumidor y de dosis de aprovisionamiento que descartaría la antijuridicidad de la conducta y, por ende, impediría entrar a calificar como razonable la inferencia que indica que se está frente a una conducta delictiva.

---

<sup>2</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación penal. Sentencia de mayo 8 de 1.997. M.P. Dr. Jairo Aníbal Gómez Gallego.

Tal y como se advirtió atrás, no basta con que se infiera la comisión de una conducta delictiva, es menester que también tengamos elementos probatorios que nos lleven a inferir el vínculo, la imputación de la conducta al procesado, ya sea a título de autor, en cualquiera de sus modalidades (inmediato, mediato, coautor), o a título de partícipe (determinador o cómplice). Si el fiscal acredita con la exhibición de información legalmente obtenida que se cometió un homicidio, pero no acredita probatoriamente las razones por las cuales el procesado estaría llamado a responder penalmente, no cumpliría con la exigencia argumentativa necesaria para sacar adelante su petición de imposición de medida de aseguramiento.

Se insiste: El juez de control de garantías no podrá imponer una medida asegurativa si el peticionario no soporta probatoriamente las premisas fácticas que llevan a deducir que estamos frente a la comisión de un delito y que estamos en la audiencia frente a una persona que está comprometida con tal conducta en razón a que se le reputa, en términos de probabilidad, como su autor o partícipe.

## **2.2. NECESIDAD DE IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**

El tema de las medidas de aseguramiento ocasionó una reflexión interesante en el seno de la Comisión Constitucional Redactora del que sería luego el Código de Procedimiento Penal de 2.004, máxime cuando se partía de un anteproyecto en el que no existía formulación de la imputación, sino que la investigación de la Fiscalía desembocaba directamente en la formulación de la acusación que también podría acompañarse de solicitud de medida de aseguramiento. A la postre, la tesis defendida por el doctor Jaime Granados Peña cedió ante la propuesta de crear siempre una formulación de la imputación antes de la acusación y la posibilidad de solicitar una medida de aseguramiento dentro de la fase investigativa, pero siempre bajo el entendido de que tal medida era excepcional y sólo procedente cuando se persiguieran los fines constitucionales de la misma.<sup>3</sup>

En este sentido, se advierte en la exposición de motivos que “armonizando la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la filosofía que inspira el sistema acusatorio y acorde con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, su imposición queda supeditada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental de la libertad. En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en

---

<sup>3</sup> Cfr. COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL, creada por el acto legislativo 003 de 2.002. Acta 027.

razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse a la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado constituya un peligro para la sociedad o la víctima del delito."<sup>4</sup>

El legislador de 2004 era consciente de la necesidad de reconocer unos fines a la medida de aseguramiento para justificar la limitación del derecho a la libertad, así como también que tal teleología debía ser eminentemente procesal y, de ninguna manera, corresponder a fines propios de la pena. Los fines que persigue la medida de aseguramiento reconocidos por el legislador colombiano coinciden con los que expresamente contempla el constituyente en el artículo 250 numeral primero de la Carta Política y que fueron recordados por la Corte Constitucional desde la sentencia C 774 de 2.001.

La concepción de los fines de la detención preventiva no sólo era armónica con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, sino también con los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, para el DIDH la detención es una medida cautelar, y por ende, su reconocimiento sólo es viable en la medida en que se pretendan con ella fines propios del proceso. En este último sentido, baste con recordar los textos del artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup>. Así, conforme al DIDH la detención preventiva, en tanto que entraña una privación o restricción de libertad anterior a la sentencia condenatoria, sólo es legítima si se usa con el único objeto de garantizar la comparecencia del imputado al proceso y, eventualmente, la ejecución de la sentencia condenatoria.

Dentro del marco anterior, es entonces coherente que el artículo 296 del C.P.P., defina como finalidades de la restricción de la libertad el impedir la obstrucción de la justicia, el aseguramiento de la comparecencia del imputado al proceso y la protección de la comunidad y de las víctimas. Tal teleología vuelve a ser repetida en el artículo 308 de la misma obra, quizás con una necesaria glosa, y es la infortunada redacción de este último precepto, que en vez de hacer referencia a la protección de la comunidad y de las víctimas, tal y como ya lo había hecho, se refiere a la peligrosidad del imputado, concepto de ingrata recordación y que de

---

<sup>4</sup> CÁMARA DE REPRESENTANTES. *Gaceta del Congreso* n° 339 de julio 23 de 2003. Página 63.

<sup>5</sup> Cfr. CADH art. 7.5: "Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio" PIDCP art. 9.3: "... su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

alguna manera denota calidades personales, evidencia vestigios de un derecho penal de autor, proscrito de nuestro sistema penal en los artículos 1° y 29 de la Constitución Política.

En términos generales puede decirse que esos fines se aglutinan en tres grupos que exigen del Estado una actuación ante la evidencia recaudada que indica unos riesgos, ya sean éstos de obstaculización, reiteración o fuga.

Es lamentable que en las argumentaciones que se hacen para sustentar una medida de aseguramiento se haga referencia a un “requisito subjetivo” para aludir a los fines de la medida asegurativa. Si hay algo claro es que en este tema, que comporta la restricción de un derecho fundamental como la libertad, no se puede dejar a criterios subjetivos la limitación o no de tal derecho. Tanto es sí que el propio legislador ha creado unas exigencias probatorias a fin de tener como acreditado cada uno de los riesgos que justifican en un caso particular la imposición y escogencia de la medida de aseguramiento correspondiente.

### **2.2.1. RIESGO DE OBSTACULIZACIÓN**

El riesgo de obstaculización se refiere a que la medida asegurativa es necesaria “para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia”<sup>6</sup>. Tal y como lo expresa la doctrina “este peligro existe legalmente si se da la sospecha de que el inculpado destruirá medios de prueba, los modificará, suprimirá, disimulará o falsificará, de que influirá de forma ilícita en coimputados, testigos o peritos, de que motivará a otros a tales conductas, y por ello amenazase el peligro de que la investigación de la verdad quedará dificultada”<sup>7</sup>.

El Código de procedimiento penal en su artículo 308.1 y 309 regla lo concerniente a la “obstrucción a la justicia” que no es cosa distinta que el reconocimiento del riesgo en comento. La exigencia probatoria se refiere a la acreditación de motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado pueda:

- a. Destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba.
- b. Inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

---

<sup>6</sup> PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. La detención preventiva en el sistema penal acusatorio. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2008. Página 52.

<sup>7</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Bosch casa editorial. Barcelona. 1.985. página 107.

- c. Dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.

Obsérvese cómo la exigencia que hace el legislador es lógica: si existe elemento de prueba que me indique que el imputado puede afectar las distintas fuentes de prueba, ello justificaría la imposición de una medida de aseguramiento en aras de permitir el esclarecimiento de lo ocurrido y la preservación de un orden justo como fin constitucional.

Por supuesto, la negativa que puede hacer el indiciado de suministrarle a la fiscalía un interrogatorio jamás podrá tomarse como evidencia de obstrucción a la justicia, pues es claro que allí estamos frente al ejercicio elemental de un derecho constitucional de no autoincriminación.

Algo más: No es suficiente la hipótesis según la cual dada la gravedad de la conducta se puede estar frente a un riesgo de obstaculización, es necesario suministrar elementos de prueba que así lo indiquen. No sobra tampoco advertir que dichos elementos probatorios serán diferentes a aquellos que sirven para construir la inferencia razonable de autoría o participación, pues es claro que aquí estamos frente a un comportamiento post delictual que genera un riesgo para la adquisición o búsqueda de pruebas.

### **2.2.2. RIESGO DE FUGA**

El artículo 308.3 y 312 del C.P.P., regulan lo atinente al riesgo de fuga. Conforme a dicho marco normativo se advierte que los criterios para evaluar la configuración de este riesgo en un caso concreto está atada al análisis de la gravedad y modalidad de la conducta, a lo que habría que agregar la evidencia que indique que la persona carece de arraigo, o bien se acredite una actitud procesal del procesado o una actitud de éste frente al daño causado y que lleven a considerar que es de su interés la no comparecencia al proceso.

La ley 1142 de 2.007 incluyó una expresión en el artículo 312 comentado y que muestra la teleología de dicha normativa: Se trata de las palabras “en especial” que anteceden a la gravedad y modalidad de la conducta. Por supuesto, el interés que se observa en la reforma legislativa era el de enfatizar sólo en esos aspectos y dejar de lado la acreditación de los otros factores reseñados en la disposición original.

La sentencia C 1198 de 2.008 de la Corte Constitucional, con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla, declaró inexecutable la expresión introducida por la ley 1142 de 2.007 y enfatizó en la necesidad

de acreditar en la audiencia que pretenda imponer una medida asegurativa, la existencia de uno cualquiera de los factores enlistados en el artículo 312 del C.P.P. En otros términos, la corrección que hace nuestro Tribunal constitucional deja las cosas en el mismo lugar en que se encontraban en la ley 906 de 2.004 original, esto es, no será suficiente argumentar la necesidad de una medida de aseguramiento sólo advirtiendo la gravedad y modalidad de la conducta delictiva.

### **2.2.3. RIESGO DE REITERACIÓN**

El riesgo de reiteración se refiere a los casos en que se observe y acredite que el procesado puede volver a delinquir, con lo cual estaría poniendo en peligro a la comunidad en general o a la víctima en particular. Este riesgo se encuentra reglado en el 308.2, 310 y 311 del C.P.P.

El artículo 310 define lo que debe entenderse por peligro para la comunidad. El legislador ha estimado que se justifica la restricción de derechos del imputado cuando éste esté involucrado en la comisión de un hecho de especial gravedad, lo que seguramente se reflejará en la pena imponible, y además se evidencia alguna de las siguientes hipótesis:

- a. Que el imputado puede continuar delinquir.
- b. Que tiene vínculos con organizaciones criminales.
- c. La imputación que se le ha hecho cubre pluralidad de delitos, debiéndose analizar la naturaleza de éstos.
- d. Que el imputado esté acusado o sujeto a medida de aseguramiento o disfrutando algún mecanismo sustitutivo de pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional.
- e. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
- f. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
- g. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
- h. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.

- i. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

Se resalta el hecho de que la norma exige la presencia de dos condiciones a la vez: De un lado la gravedad y modalidad de la conducta y, de otro, alguna de las nueve hipótesis reseñadas, lo cual quiere significar que la Fiscalía asume una carga probatoria que va más allá de aquellas con la que pretende demostrar la inferencia razonable, pues debe también acreditar precisamente el indicio de reiteración o, lo que es lo mismo, la evidencia que indique que la persona del procesado puede seguir delinquiriendo de mantenerse su libertad.

La interpretación correcta del artículo 310 del C.P.P., llevó a que en muchos casos, por deficiencias probatorias o por abierta improcedencia, no se impusiere medida de aseguramiento a imputados de conductas delictivas de extrema gravedad. Tal situación generó una reacción gubernamental que se materializó en la presentación del proyecto de ley de 23 de julio de 2.006 que sería luego la ley 1142 de 2.007. En el proyecto se aseguraba que:

***“La detención preventiva, de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe ser excepcional, necesaria y racional (C-774 de 2001). En razón de ello, no sólo se sujeta a una base probatoria mínima que indique la autoría o participación del imputado, sino igualmente a la consecución de los fines del proceso, conforme con el artículo 308 de la ley 906 de 2004. Sin embargo, en punto a la protección de la comunidad y las víctimas, como uno de los fines del proceso que garantiza la medida de detención, la práctica ha mostrado que la gravedad y la modalidad de los hechos ha pasado a un segundo plano en el examen de riesgo, frente a la exigencia de que la fiscalía necesariamente debe llevar a la respectiva audiencia elementos materiales probatorios o información que indique la pertenencia del imputado a una organización criminal o la continuación de la actividad delictiva o la pluralidad de delitos imputados o la existencia de investigaciones pendientes o sentencias condenatorias vigentes. Estas últimas circunstancias no siempre se presentan en un caso, a pesar de que, en virtud de la dinámica de los hechos, pueden resultar alarmantes la gravedad y modalidad de la única conducta punible***

***(verbigracia, un secuestro extorsivo o un hurto calificado cometido por varias personas, sin que pueda sugerirse organización criminal).”***

Nótese la incorrecta apreciación efectuada por el creador del proyecto: No es que la gravedad y modalidad conductual pasaran a un segundo plano, simplemente era una primera valoración que debía acompañarse de una segunda que apuntaba precisamente a la evidencia de reiteración que es lo que pone en eventual riesgo a la comunidad.

Las razones anteriores llevaron a proponer una reforma del artículo 310 del C.P.P., en donde se aseveraba que “será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible” para tener por demostrado el peligro de la comunidad, dejando simplemente como una potestad del juez “valorar adicionalmente algunas de las” circunstancias enunciadas en los literales a) a i) ya citados.

Además de lo anterior, en el proyecto de ley que luego sería la 1142 de 2.007 se incorpora al artículo 310 un listado de delitos en los cuales se presume que se pone en peligro a la comunidad y frente a los que, sin excepción, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario. Para reiterar lo anterior y evitar cualquier equívoco en la aplicación de la norma, dicho listado volvía a ser incluido en el párrafo del artículo 316 que se refiere a la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria.

Al final, el legislador consideró necesario sólo hacer el listado de delitos sólo en el texto del artículo 316 y no en el 310, pero la filosofía que inspiraba tal determinación no cambiaba: Se presumía el peligro para la comunidad, se partía, en esos casos, de la idea de que se configuraba un riesgo de reiteración delictiva, habida consideración de la gravedad de cada una de esas conductas delictivas.

El texto del párrafo del proyecto era el siguiente:

***“PARÁGRAFO. Se presumirá el peligro para la comunidad y será imponible la detención preventiva, cuando la imputación se refiere a delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado, homicidio (C.P., artículo 103), homicidio agravado (C.P., artículo 104), lesiones personales con***

*perturbación funcional permanente (C.P., artículo 114, inc 2), lesiones personales con perturbación psíquica permanente (C.P., artículo 115, inc 2), lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro (C.P., artículo 116), secuestro extorsivo (C.P., artículo 169), tráfico de migrantes (C.P., artículo 188), acceso carnal violento (C.P., artículo 205), acto sexual violento (C.P., artículo 206), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (C.P., artículo 208), actos sexuales con menor de catorce años (C.P., artículo 209), acceso carnal o actos sexuales con incapaz resistir (C.P., artículo 210), estímulo a la prostitución de menores (C.P., artículo 217), pornografía con menores (C.P., artículo 218 ), violencia intrafamiliar (C.P., artículo 229), hurto calificado (C.P., artículo 240), hurto agravado (C.P., artículo 241, numerales 8, 11, 12 y 15), extorsión (C.P., artículo 244), amenazas (C.P., artículo 347 ), tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (C.P., artículo 358), repetición o continuidad en las conductas de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal o su concurso con el concierto para delinquir (C.P., artículos 340 y 365), fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P., artículo 366 ), fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P., artículo 367), peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P., artículo 397), concusión (C.P., artículo 404), cohecho propio (C.P., artículo 405), cohecho impropio (C.P., artículo 406), cohecho por dar u ofrecer (C.P., artículo 407), violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (C.P., artículo 408), interés indebido en la celebración de contratos (C.P., artículo 409), contrato sin cumplimiento de requisitos legales (C.P., artículos 410), favorecimiento (C.P., artículo 446, inc 2), receptación repetida, continua o profesional (C.P., artículo 447, inc. 1 y 3), la receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P., artículo 447, inc. 2) y la rebelión (C.P., artículo 467).”*

Posteriormente, se adoptó un texto normativo diferente, en tanto que se redujo la lista y se dejó por fuera la introducción del precepto “*se presumirá el peligro para la comunidad...*” para dar paso a la expresión “*No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos:...*”

Tal y como se advirtió ab initio de este acápite, el riesgo de reiteración también cobija las hipótesis en las que se considere que la medida de aseguramiento es viable cuando con ella se pretenda proteger a la víctima de la conducta delictiva, en tanto que existe una probabilidad de que el procesado siga afectando a quien ya se ve afectado con la presunta comisión delictiva. Es de resaltar que, conforme a lo preceptuado en el artículo 311 del C.P.P. esa protección no sólo cobija a la víctima directa, sino que también incluye a su familia o sus bienes.

Una vez más se insiste en que es menester que la solicitud de medida de aseguramiento por esta causal se justifique en tanto que se acredite con elementos de prueba la probabilidad de tal afectación a la víctima o su entorno, no de otra manera se puede interpretar la expresión “cuando existan motivos fundados” de que trata el ya citado artículo 311. De esta manera, queda una vez más en evidencia lo que ya se ha expresado: No es suficiente la mera gravedad o modalidad conductual para justificar la medida asegurativa.

### **3. LA DETENCIÓN DOMICILIARIA Y LA PROHIBICIÓN DE SU CONCESIÓN EN LA LEY 1142 DE 2.007**

Si repasamos el contenido del artículo 307 del Código de procedimiento penal, la detención domiciliaria surge como una de las especies de medidas privativas de la libertad. La tipología descrita por el legislador no hace discriminaciones entre medidas principales o accesorias, sólo refiere una clasificación dependiendo del grado de restricción de derechos y, concretamente, en relación con la libertad personal.

En efecto, el numeral 2 del literal A del citado artículo 307 señala que:

“Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad.

...

2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento”.

La detención domiciliaria vuelve a ser reglada en el artículo 314 del Código de procedimiento penal. En dicha norma se advierte que *“la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes casos...”*

Obsérvese que, a priori, la redacción del artículo 314 sugeriría que la detención domiciliaria sería una medida de aseguramiento sustitutiva, de alguna manera, dependiente de la detención en establecimiento carcelario. Estimamos que tal idea no es correcta, pues entraría en oposición con la clasificación que la misma norma ha realizado de las medidas de aseguramiento, así como con los principios que rigen la determinación de las mismas y que se encuentran previstos en el artículo 295 del código.

Así las cosas, la primera inferencia que extraemos de la hermenéutica propuesta para el instituto jurídico en comento es que la detención domiciliaria no es una medida de “segunda clase”, dependiente de otra principal, sino que su concesión surge directamente del test de proporcionalidad que se debe adelantar por el juez de control de garantías; es decir, dependerá de la necesidad, adecuación, proporcionalidad estricta, en fin, de la razonabilidad que indique que con esa restricción al derecho a la libertad es suficiente para alcanzar los fines constitucionales que fundamentan la imposición de la medida misma.

Las causales del artículo 314 del C.P.P., constituyen criterios de orientación que debe tener en cuenta el juez para facilitar su labor de ponderación, esto es, son casos en los cuales el juez de control de garantías encuentra elementos que le llevan a inclinar la ponderación a favor de la detención en domicilio y no en un establecimiento carcelario, pues todas y cada una de las situaciones tipificadas en ese artículo 314 aluden a casos en los cuales entra una variable que coincide en la labor de ponderación: la prevalencia constitucional de los menores, el ser adulto mayor, el estado de gravidez o la enfermedad grave del procesado.

La interpretación sugerida adquiere mayor fuerza cuando se observa el contenido del numeral primero del artículo 314 que indica que procederá la detención domiciliaria:

***“Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia...”***

Obsérvese que la causal primera referida no hace cosa diferente que reiterar los principios del artículo 295 del C.P.P., es decir, no hace cosa distinta que dejar en claro que es la ponderación, caso a caso, la que determinará si la privación de libertad en el domicilio o en establecimiento carcelario es suficiente para lograr los fines tendentes a neutralizar los ya comentados riesgos de fuga, reiteración u obstaculización.

Ahora bien, la ley 1142 de 2.007 en su artículo 27 modificó el texto original del artículo 314 de la ley 906 de 2.004, en cuanto que agregó un párrafo que incluye una lista de delitos en los cuales “no procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria”, listado que luego sería igualmente reformado por la ley 1474 de 2.011.

Ya en párrafos precedentes hicimos expresa mención a que la exposición de motivos de la mencionada ley 1142 de 2.007, en éste específico aspecto, es clara: presumir los riesgos que fundamentan la medida de aseguramiento y evitar que se imponga una medida distinta a la intramural en casos que, en abstracto, el legislador ha considerado tan graves que no requieren otro tipo de valoración o ponderación judicial. El mismo criterio fue el fundamento de la reforma introducida por la denominada Ley de Seguridad Ciudadana.

En la sentencia C 318 de 2.008 se declaró la exequibilidad del artículo 314 del Código de procedimiento penal pero condicionándolo a que *“el peticionario debe fundamentar en concreto que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial del respeto a las víctimas del delito y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5.”*

Es claro que la fundamentación de la sentencia C 318 quedó corta, pues perfectamente podía justificar la declaratoria de exequibilidad condicionada para todas las causales y no haber dejado por fuera la prevista en el numeral primero.

La Corte estimó que en la medida en que en los numerales 2 a 5 se está ante situaciones fácticas en las que intervienen personas que tienen una protección constitucional reforzada o vulnerables (niños, ancianos, embarazadas, enfermos), no podía excluirse en forma tajante y absoluta la posibilidad de que en un caso se estimare que la detención domiciliaria es suficiente para cumplir con los fines de las medidas de aseguramiento.

Sobre el particular razonó la Corte Constitucional:

***“6.3. No obstante, advierte la Corte que la limitación que introdujo el legislador al ámbito de discrecionalidad del juez para efectuar el juicio de suficiencia a que refiere el numeral primero del artículo 314 C.P.P., para la sustitución de la medida de aseguramiento respecto de un catálogo determinado de delitos, no puede considerarse como un menoscabo a los principios de afirmación de la libertad, excepcionalidad de las medidas de aseguramiento y prohibición de medidas de aseguramiento indiscriminadas, las cuales conservan plena eficacia en el momento de la definición sobre la procedencia de la medida de aseguramiento en los términos que lo prevé el artículo 313 del C.P.***

***El juicio de suficiencia acerca de la sustitución de la medida de aseguramiento, previsto en el numeral primero del artículo 314, siempre estará precedido del juicio de necesidad de la medida de detención contemplado en el artículo 308 del C. de P.P., mediante el cual el Juez, en todos los eventos, aún en los que contempla el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1123 de 2007, efectuará no solamente la valoración probatoria que le impone aquel precepto (308 C.P.P.) sobre la existencia de elementos probatorios de los que razonablemente se infiera la participación del imputado en el hecho investigado, sino el juicio de necesidad que le imponen los numerales 2, 3, y 4 de esta misma disposición, para la adopción de la medida.***

***6.4. De tal manera que no puede sostenerse de manera categórica que en todos los eventos previstos en el parágrafo acusado, la única alternativa sea la privación de la libertad en establecimiento carcelario, puesto que aún en las hipótesis en que procede en abstracto (Art. 313 C.P.P.) la medida de aseguramiento de detención preventiva, puede ocurrir que luego del juicio de necesidad, el juez considere que, atendidas las circunstancias del caso concreto, la medida no cumpliría ninguno de los fines que constitucional y legalmente se le atribuyen.***

***La prohibición del artículo 27 de la Ley 1123 de 2007 (parágrafo 314) deja así inalterado este ámbito previo de decisión del juez, que despliega toda su eficacia al momento en que deba valorar si impone o se abstiene de aplicar la medida de aseguramiento de detención preventiva. Si decide imponerla por***

***alguno de los delitos contemplados en el párrafo censurado, ésta se cumplirá en establecimiento carcelario, pero, se insiste, aún en tales eventos irá precedida del juicio de necesidad que se realiza al momento de la imposición de la medida.***

***En este orden de ideas, la limitación del umbral de discrecionalidad del juez (numeral 1° del artículo 314) se ubica en el campo del juicio de suficiencia propio del momento de la sustitución, no en el ámbito de la valoración de la necesidad el cual pertenece al momento de la imposición de la medida. La limitación que introduce el precepto no desconoce, en consecuencia, el principio de necesidad de la medida derivado de los postulados constitucionales de afirmación de la libertad, y de excepcionalidad de las medidas que la restringen con fines cautelares.”***

Así, la distinción que hace la Corte entre el juicio de necesidad (propio del análisis del artículo 308 del C.P.P.) y el de suficiencia (propio del artículo 314, ibídem) es el que le permite inferir que la modificación introducida por la ley 1142 de 2.007 ( y creemos extensible a la ley 1474 de 2.011) al artículo 314 (incorporar un párrafo en el que se advierte la no procedencia de la detención domiciliaria) es constitucional en tanto que está prevista dentro de la libre configuración que tiene el legislador y en tanto que no afecta ese primer juicio de necesidad.

Con todo, estimamos que esa diferencia genera más equívocos y problemas prácticos que soluciones. El pretendido juicio de suficiencia estaría soportado sobre la premisa, falsa a nuestro juicio, de que la detención domiciliaria sea tratada como una medida subordinada de la detención en establecimiento carcelario. Además de lo anterior, el juicio de necesidad está íntimamente ligado al juicio de proporcionalidad que debe hacer el juez y ello implica valorar cuál de los diversos tipos de medidas de aseguramiento es suficiente para cumplir con los fines que la inspiran y ese examen se va a ver truncado si luego aparece un pretendido juicio de suficiencia en el que el juez se ve compelido a escoger, pese a contrariar el test que acaba de hacer, una medida mucho más gravosa constitucionalmente.

#### 4. CONCLUSIONES

Lo expuesto hasta ahora permite establecer que no es necesaria la imposición de medida de aseguramiento en todas las investigaciones penales, o, lo que es igual, que perfectamente se pueden tramitar éstas, sin que el imputado tenga que soportar restricciones a sus derechos, tal y como se discutía en la comisión redactora constitucional.<sup>8</sup>

Desde luego, no bastará con acreditar la necesidad de imponer una medida de aseguramiento, acorde con los fines constitucionales previstos para tal figura, sino que además también debe el fiscal acreditar en la respectiva audiencia preliminar, la existencia de una inferencia razonable que involucre al imputado como presunto autor o partícipe de la conducta delictiva. Desde luego, no se trata aquí de un descubrimiento total de los elementos materiales de prueba que haya podido recaudar la Fiscalía hasta este momento procesal, pero si será una obligación suya presentar informaciones legalmente obtenidas o evidencias físicas que permitan inferir en términos de probabilidad, y no de simple posibilidad, que el imputado es autor o partícipe de un delito. Sobre este particular, vale la pena recordar que la regla 19.1 de Mallorca advierte que: “la detención de una persona solo se podrá decretar cuando existen fundadas sospechas de su participación en un delito”<sup>9</sup>. Obviamente, nuestro marco normativo no exige “las fundadas sospechas” tan solo para la detención, sino que tal condición es predicable de todas las medidas de aseguramiento, sean o no privativas de la libertad.

La ley 1142 de 2.007 modificó una serie de normas que regulan el tema de las medidas de aseguramiento, siendo que tales modificaciones están inspiradas en un claro eficientismo judicial.

La detención domiciliaria no es una medida de aseguramiento subordinada, sino que constituye una medida principal, especie de un mismo género cual es el de las medidas privativas de la libertad. Dicha autonomía y determinación como producto de un test de proporcionalidad entre los intereses constitucionales yuxtapuestos en el proceso penal se ve truncada con la incorporación que hace la ley 1142 de 2.007 de un listado de delitos en los cuales no resultaría procedente la detención domiciliaria.

---

<sup>8</sup> Cfr. COMISION REDACTORA CONSTITUCIONAL. Op.Cit.

<sup>9</sup> PROYECTO DE REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL PROCEDIMIENTO PENAL. “Reglas de Mallorca”, Regla 19.1.

La exequibilidad condicionada del párrafo introducido por la ley 1142 de 2.007 al artículo 314 del C.P.P., no es suficiente para superar la tensión y oposición entre la presunción que hace el legislador de una ponderación de intereses y una hermenéutica de las medidas de aseguramiento enmarcadas dentro de una concepción garantista.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

APONTE CARDONA, Alejandro. Guerra y Derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2.006.

BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1.998.

COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL creada por el acto legislativo 003 de 2.002. Acta 027.

CAMARA DE REPRESENTANTES. Gaceta del Congreso No 339 de julio 23 de 2003.

GARCIA RIVAS, Nicolás, El poder punitivo en el Estado Democrático. Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1996.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Bosch casa editorial. Barcelona. 1.985.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid. Editorial Trotta. 1995.

PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. La detención preventiva en el sistema penal acusatorio. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2008.

PÉREZ PINZÓN. Álvaro Orlando. Los principios generales del proceso penal. Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2.004.

VALLEJO, Manuel Jaen. Derechos fundamentales del proceso penal. Colección Autores Extranjeros. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez C Ltda. Medellín 2.004.

## **LA DETENCIÓN DOMICILIARIA EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO**

AUTOR: Luís Francisco Casas Farfán  
FECHA DE RECEPCIÓN: Septiembre 06 de 2011  
DIRECCIÓN: pachocasas@hotmail.com

**RESUMEN:** El presente artículo es producto de la investigación titulada "Estudio jurisprudencial y doctrinal sobre la Responsabilidad penal"; el cual plantea que la detención preventiva, en cualquiera de sus dos modalidades: establecimiento carcelario o en lugar de residencia, es una medida cautelar de carácter personal, admisible de vieja data en los procesos penales. Su reconocimiento y procedencia tienen fundamento constitucional, como quiera que con tal instituto jurídico se adopta un instrumento idóneo para alcanzar fines inherentes a las autoridades estatales, tales como la protección de la comunidad, de las víctimas, así como la preservación de pruebas o la garantía de comparecencia del procesado al proceso.

**PALABRAS CLAVES:** Instituto jurídico, Responsabilidad penal, Detención domiciliaria, Constitución política, Derechos constitucionales.

**ABSTRACT:** This paper is the product of research entitled "Study jurisprudence and doctrine on the criminal responsibility" which posits that preventive detention, in either of two ways: in the prison establishment or residence, is a precautionary measure personal, longstanding admissible in criminal prosecutions. Its recognition and source are constitutional basis, however it provided Law Institute adopting an ideal instrument for reach objectives inherent to the state authorities, such as community safety, victims and preserving evidence or ensuring the appearance of the accused process.

**KEY WORDS:** Institute legal, criminal, home detention, Constitution, Constitutional rights.

# LA DETENCIÓN DOMICILIARIA EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Luis Francisco Casas Farfán\*

A Laureano Gómez Serrano, mi maestro.

*In memóriam.*

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La detención preventiva, en cualquiera de sus dos modalidades: establecimiento carcelario o en lugar de residencia es una medida cautelar de carácter personal, admisible de vieja data en los procesos penales. Su reconocimiento y procedencia tienen fundamento constitucional, como quiera que con tal instituto jurídico se adopta un instrumento idóneo para alcanzar fines inherentes a las autoridades estatales, tales como la protección de la comunidad, de las víctimas, así como la preservación de pruebas o la garantía de comparecencia del procesado al proceso.

La presunción de inocencia, por su parte, es una cara garantía procesal reconocida igualmente en el ámbito constitucional y en el estándar internacional de los derechos humanos. Conforme a tal principio, no se puede tomar como responsable a aquel que está siendo procesado, pues mientras no sea vencido en juicio debe presumírsele inocente.

Vistas así las cosas, es evidente que la detención preventiva y la presunción de inocencia están en una permanente tensión, pues al fin de cuentas, la aplicación de aquella implica la privación o restricción a la libertad del procesado que aun no ha sido vencido en juicio y que, por ende, debe presumírsele inocente frente a las imputaciones que se le han hecho.

---

\* Docente Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derecho Público y Derecho Penal Universidad Autónoma de Bucaramanga; Especialista en Derecho Constitucional Universidad Libre. Magíster en ciencias penales de la Universidad Externado de Colombia.

El legislador colombiano, consciente de la complejidad que implica regular la detención preventiva para no caer en una fácil antinomia del ordenamiento jurídico, discutió y plasmó en el Código de procedimiento penal una serie de disposiciones jurídicas que sirven de criterio hermenéutico para resolver un caso concreto.

En efecto, no es gratuito que se defina la libertad como principio rector del proceso penal colombiano, pues ello sólo reitera los postulados constitucionales que la conciben como valor (preámbulo), fin (artículo 2) derecho (artículo 28) y garantía (artículo 28 y 29). De igual modo, no resulta extraño, y antes bien, es una reafirmación de la importancia otorgada a esa libertad, haber afirmado en el artículo 295 del C.P.P., que “las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional” y que “sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales”.

Pese a lo anterior, las reformas introducidas por la ley 1142 de 2.007 al Código de procedimiento penal, así como la interpretación que de algunas normas jurídicas se ha hecho, han desnaturalizado el esquema original, motivando el desconocimiento del test de proporcionalidad, lo que conlleva a que la detención preventiva sea regla general y no propiamente excepción en los procesos que se ventilan en la jurisdicción penal.

Específicamente es interesante observar cómo la ley 1142 de 2.007 introdujo un párrafo al artículo 314 del C.P.P., con la intención de evitar que en casos en los que se adelante un proceso por cierto tipo de delitos allí reseñados, se sustituya la detención preventiva en establecimiento carcelario por la domiciliaria, con lo cual el legislador impone una regla que, de alguna manera, busca que el juzgador parta de una presunción de necesidad de medida, con lo que se está propiciando la dispensa de hacer análisis enmarcados en test de proporcionalidad.

El problema reseñado nos lleva a recordar las palabras del profesor Alberto Bovino: “A pesar del reconocimiento de estas garantías en el ámbito normativo de mayor jerarquía -esto es, en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos-, tanto las prácticas cotidianas de la justicia penal como la regulación legislativa del procedimiento penal de los países de América Latina se han impuesto en nuestra realidad. Estas circunstancias, continuadoras de una acendrada tradición autoritaria y manifiestamente antiliberal, heredada de la cultura colonial hispánica, han impedido, de hecho, toda posibilidad de lograr el respeto efectivo de la garantía de libertad y del principio de inocencia. Según los estudios empíricos, nuestros países recurren,

como *regla*, al encarcelamiento cautelar de personas inocentes, como si se tratara de una pena anticipada”.<sup>1</sup>

## **2. REQUISITOS PARA IMPONER UNA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**

Conforme a lo preceptuado en el artículo 308 del C.P.P., se indica que para imponer una medida de aseguramiento se requieren dos condiciones sustanciales y una condición de procedibilidad:

En relación con las condiciones sustanciales tenemos que ellas son:

- a. Una inferencia razonable “que el imputado pueda ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”.
- b. Se acredite la necesidad de imponer la medida de aseguramiento para salvaguardar alguno de sus fines.

La condición de procedibilidad es doble: Por un lado la exigencia de requerirse petición expresa de la Fiscalía General de la Nación, lo que indica que no puede oficiosamente imponerse tal medida asegurativa; y, en segundo lugar, su procedencia tan sólo a partir de la formulación de imputación.

Descrito el panorama general de procedencia de la medida de aseguramiento, menester es entonces profundizar en cada uno de ellos:

### **2.1. INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA O PARTICIPACIÓN DE UNA CONDUCTA DELICTIVA**

#### **2.1.1. EXIGIBILIDAD DEL ESTUDIO DE LA INFERENCIA RAZONABLE**

La primera dificultad que se observa en la praxis judicial es la confusión que se genera entre el contenido del artículo 286 del C.P.P., y la exigencia de este requisito para imponer medida de aseguramiento; veamos:

---

<sup>1</sup> BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1.998. Página 150.

El artículo 286 del C.P.P., define lo que es la formulación de imputación, destacando que es un acto de comunicación, por lo que no comporta una decisión judicial susceptible de recursos. Por su parte, el artículo 287 de la misma obra regla que sólo es procedente que el fiscal formule imputación “cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga”.

Obsérvese cómo la expresión “inferir razonablemente” se utiliza tanto en el artículo 287 C.P.P., referido a la imputación, como en el artículo 308, ibídem, alusivo a los requisitos para imponer medida de aseguramiento. Esta coincidencia terminológica ha llevado a una inadecuada práctica judicial cual es creer que como quiera que la medida de aseguramiento sólo se efectúa con posterioridad a la formulación de imputación, el juez de control de garantías queda eximido de analizar tal requisito de la inferencia razonable, pues se da por descontado que ello ya aconteció, precisamente, en la audiencia de formulación de imputación.

No se duda en calificar de inadecuada interpretación, pues ello repugna con una correcta hermenéutica de las disposiciones jurídicas en comento, tal y como se indica a continuación:

En la audiencia de formulación de imputación no se profiere decisión, sólo se comunica al imputado y a su defensor de la existencia de una investigación penal. El juez de control de garantías es testigo de excepción de dicha comunicación y su rol está circunscrito a asegurar que se ha comprendido la imputación, así como los derechos que se adquieren plenamente a partir de tal momento procesal (artículo 8 del C.P.P.); e igualmente, comprender el deber de no enajenar bienes sujetos a registro por el lapso de 6 meses. De la misma manera, la actividad del juez constitucional en ésta audiencia debe garantizar que se le otorgue al procesado la oportunidad de allanarse a los cargos con miras a obtener una rebaja de pena y que, en el evento de hacerse tal cosa, corroborar que la manifestación de voluntad del procesado sea libre.

En esa audiencia de imputación el fiscal es quien hace la comunicación y no está obligado a presentar elementos materiales de prueba que soporten la imputación. De igual modo, es el fiscal el que toma la decisión de imputar o no al procesado, siendo que dicha decisión se efectuará cuando, a juicio del fiscal, éste infiera razonablemente la existencia de una conducta delictiva y que el procesado es autor o partícipe de la misma.

Dicho de manera más simple: El destinatario del artículo 287 del C.P.P., es el fiscal a cargo de la investigación, luego la inferencia razonable a la que se refiere dicha norma sólo le compete hacerla a esa parte procesal; no es susceptible de contradicción por la defensa, como tampoco por el juez de control de garantías, quienes sólo están habilitados para llevar a cabo las solicitudes de aclaración necesarias para que la comunicación, propia de la audiencia de formulación de imputación, sea lo más clara posible.

Por el contrario, la inferencia razonable del artículo 308 del C.P.P., tiene un destinatario diferente: es el juez de control de garantías y ello, en razón a que esa inferencia no es el soporte de una comunicación, como en la imputación, sino de una decisión judicial: la imposición o no de una medida de aseguramiento. Como toda decisión judicial, ella sólo será posible luego de haber surtido la respectiva contradicción, esto es, después que la defensa haya cuestionado o no la configuración de esa inferencia razonable.

Así, salta a la vista que obviar el análisis de la inferencia razonable en la audiencia de medida de aseguramiento es pretermitir el estudio de una de las condiciones necesarias para edificar la medida restrictiva de la libertad, con lo cual, se está conculcando el principio según el cual esa medida cautelar de carácter personal es excepcional.

Visto entonces que la inferencia razonable de que trata el artículo 308 del C.P.P., es soporte del *petitum* de medida de aseguramiento, resulta lógico concluir que el solicitante debe acreditar probatoriamente tal configuración. Así, resulta absurdo y contrario a la filosofía restrictiva de las medidas de aseguramiento, indicar que no le compete al juez de control de garantías analizar elementos materiales de prueba, evidencias físicas o información legalmente obtenida que soporten la inferencia razonable, pues evidentemente sin hacer tal ejercicio valorativo no podría el juez construir en su intelecto la inferencia lógica que se exige para imponer la medida cautelar.

El propio artículo 306 del C.P.P. expresa que la solicitud de medida de aseguramiento debe estar soportada de “los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia”, siendo que tales exigencias resultaron avaladas y reiteradas por la Corte Constitucional en sentencia C 1154 de 15 de noviembre de 2.005 con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa.

Por supuesto, la exigencia de acreditar con elementos de prueba la inferencia razonable no es extraña; por el contrario, es una obviedad si se tiene en cuenta que toda decisión judicial debe

estar edificada en tres elementos: lo fáctico, que debe estar soportado en lo probatorio, para establecer el fundamento jurídico correspondiente. No se trata de crear, como se dice coloquialmente, de hacer un mini-juicio, se trata de expresar las bases probatorias que tiene la fiscalía para estimar que se cumple con esa primera exigencia normativa de la medida de aseguramiento.

Siendo el fiscal el peticionario de la medida cautelar, es claro que esta parte es la que determinará cuántos elementos de prueba pone en conocimiento de las partes e intervinientes y del juez de control de garantías a fin de predicar la existencia de una inferencia razonable de autoría o participación en la comisión de un delito. Dicho de otro modo: no es que surja una exigencia de descubrimiento de evidencias a cargo del fiscal, éste puede reservarse la divulgación de información que tenga en su poder. El fiscal es quien escoge los elementos que considere necesarios para el éxito de su petición, lo que no quiere decir que con esa exigencia el juez de control de garantías también llegue a la convicción que se está ante una inferencia razonable.

### **2.1.2. CONTENIDO DE LA INFERENCIA RAZONABLE**

Inferir es concluir, deducir una cosa de otra. En lógica se entiende como una operación mediante la cual extraemos como conocida una proposición a partir del conocimiento de otras proposiciones denominadas premisas. El calificativo razonable nos lleva a terrenos de la criteriología, indicándonos que se trata de una deducción enmarcada dentro de la razón y que nos exige el reconocimiento de la conclusión en términos de probabilidad y no de mera posibilidad.

En la legislación anterior no se aludía a la inferencia razonable, sino que se exigía, para imponer una medida de aseguramiento, dos indicios graves de responsabilidad. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de precisar el término “indicio grave” cuando advirtió que:

***“La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en el ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de***

***aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.***

***Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve, cuando se revela como una entre varias causas probables, y podrá dársele la menguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado”.***<sup>2</sup>

Creemos que los alcances que le dio la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a la expresión “indicio grave” es perfectamente predicable de la inferencia razonable de que trata la ley 906 de 2.004, pues es claro que el calificativo utilizado quiere otorgarle un plus a la mera deducción que pueda hacerse.

Ahora bien, ¿qué es lo que se debe inferir razonablemente? Dos cosas: la existencia de una conducta delictiva y la imputación a título de autor o partícipe.

Significa lo dicho que en primer término debe acreditarse, mediante la exhibición de elementos de prueba, la presunta comisión de un delito, concepto complejo que implica la conducta con un triple calificativo: típica, antijurídica y culpable. Una vez más se dice: No es acreditar plenamente o en grado de certeza la comisión de un delito, sólo en términos de probabilidad, es decir, hay que mostrar evidencias que lleven a deducir que se cometió un comportamiento que se adecua a una conducta típica y que además esos elementos de prueba no indican exclusiones de antijuridicidad o de culpabilidad o, lo que es lo mismo, que también se reputa como probable la presencia de dichos elementos del punible. Así por ejemplo, puede que la evidencia recaudada nos muestre que una persona portaba consigo una sustancia alucinógena prohibida más allá de la dosis personal, sin embargo, por la cantidad y por el contexto del caso puede advertirse como probable que se está ante un caso de consumidor y de dosis de aprovisionamiento que descartaría la antijuridicidad de la conducta y, por ende, impediría entrar a calificar como razonable la inferencia que indica que se está frente a una conducta delictiva.

---

<sup>2</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación penal. Sentencia de mayo 8 de 1.997. M.P. Dr. Jairo Aníbal Gómez Gallego.

Tal y como se advirtió atrás, no basta con que se infiera la comisión de una conducta delictiva, es menester que también tengamos elementos probatorios que nos lleven a inferir el vínculo, la imputación de la conducta al procesado, ya sea a título de autor, en cualquiera de sus modalidades (inmediato, mediato, coautor), o a título de partícipe (determinador o cómplice). Si el fiscal acredita con la exhibición de información legalmente obtenida que se cometió un homicidio, pero no acredita probatoriamente las razones por las cuales el procesado estaría llamado a responder penalmente, no cumpliría con la exigencia argumentativa necesaria para sacar adelante su petición de imposición de medida de aseguramiento.

Se insiste: El juez de control de garantías no podrá imponer una medida asegurativa si el peticionario no soporta probatoriamente las premisas fácticas que llevan a deducir que estamos frente a la comisión de un delito y que estamos en la audiencia frente a una persona que está comprometida con tal conducta en razón a que se le reputa, en términos de probabilidad, como su autor o partícipe.

## **2.2. NECESIDAD DE IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**

El tema de las medidas de aseguramiento ocasionó una reflexión interesante en el seno de la Comisión Constitucional Redactora del que sería luego el Código de Procedimiento Penal de 2.004, máxime cuando se partía de un anteproyecto en el que no existía formulación de la imputación, sino que la investigación de la Fiscalía desembocaba directamente en la formulación de la acusación que también podría acompañarse de solicitud de medida de aseguramiento. A la postre, la tesis defendida por el doctor Jaime Granados Peña cedió ante la propuesta de crear siempre una formulación de la imputación antes de la acusación y la posibilidad de solicitar una medida de aseguramiento dentro de la fase investigativa, pero siempre bajo el entendido de que tal medida era excepcional y sólo procedente cuando se persiguieran los fines constitucionales de la misma.<sup>3</sup>

En este sentido, se advierte en la exposición de motivos que “armonizando la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la filosofía que inspira el sistema acusatorio y acorde con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, su imposición queda supeditada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental de la libertad. En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en

---

<sup>3</sup> Cfr. COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL, creada por el acto legislativo 003 de 2.002. Acta 027.

razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse a la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado constituya un peligro para la sociedad o la víctima del delito."<sup>4</sup>

El legislador de 2004 era consciente de la necesidad de reconocer unos fines a la medida de aseguramiento para justificar la limitación del derecho a la libertad, así como también que tal teleología debía ser eminentemente procesal y, de ninguna manera, corresponder a fines propios de la pena. Los fines que persigue la medida de aseguramiento reconocidos por el legislador colombiano coinciden con los que expresamente contempla el constituyente en el artículo 250 numeral primero de la Carta Política y que fueron recordados por la Corte Constitucional desde la sentencia C 774 de 2.001.

La concepción de los fines de la detención preventiva no sólo era armónica con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, sino también con los instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, para el DIDH la detención es una medida cautelar, y por ende, su reconocimiento sólo es viable en la medida en que se pretendan con ella fines propios del proceso. En este último sentido, baste con recordar los textos del artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>5</sup>. Así, conforme al DIDH la detención preventiva, en tanto que entraña una privación o restricción de libertad anterior a la sentencia condenatoria, sólo es legítima si se usa con el único objeto de garantizar la comparecencia del imputado al proceso y, eventualmente, la ejecución de la sentencia condenatoria.

Dentro del marco anterior, es entonces coherente que el artículo 296 del C.P.P., defina como finalidades de la restricción de la libertad el impedir la obstrucción de la justicia, el aseguramiento de la comparecencia del imputado al proceso y la protección de la comunidad y de las víctimas. Tal teleología vuelve a ser repetida en el artículo 308 de la misma obra, quizás con una necesaria glosa, y es la infortunada redacción de este último precepto, que en vez de hacer referencia a la protección de la comunidad y de las víctimas, tal y como ya lo había hecho, se refiere a la peligrosidad del imputado, concepto de ingrata recordación y que de

---

<sup>4</sup> CÁMARA DE REPRESENTANTES. *Gaceta del Congreso* n° 339 de julio 23 de 2003. Página 63.

<sup>5</sup> Cfr. CADH art. 7.5: "Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio" PIDCP art. 9.3: "... su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo".

alguna manera denota calidades personales, evidencia vestigios de un derecho penal de autor, proscrito de nuestro sistema penal en los artículos 1° y 29 de la Constitución Política.

En términos generales puede decirse que esos fines se aglutinan en tres grupos que exigen del Estado una actuación ante la evidencia recaudada que indica unos riesgos, ya sean éstos de obstaculización, reiteración o fuga.

Es lamentable que en las argumentaciones que se hacen para sustentar una medida de aseguramiento se haga referencia a un “requisito subjetivo” para aludir a los fines de la medida asegurativa. Si hay algo claro es que en este tema, que comporta la restricción de un derecho fundamental como la libertad, no se puede dejar a criterios subjetivos la limitación o no de tal derecho. Tanto es así que el propio legislador ha creado unas exigencias probatorias a fin de tener como acreditado cada uno de los riesgos que justifican en un caso particular la imposición y escogencia de la medida de aseguramiento correspondiente.

### **2.2.1. RIESGO DE OBSTACULIZACIÓN**

El riesgo de obstaculización se refiere a que la medida asegurativa es necesaria “para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia”<sup>6</sup>. Tal y como lo expresa la doctrina “este peligro existe legalmente si se da la sospecha de que el inculpado destruirá medios de prueba, los modificará, suprimirá, disimulará o falsificará, de que influirá de forma ilícita en coimputados, testigos o peritos, de que motivará a otros a tales conductas, y por ello amenazase el peligro de que la investigación de la verdad quedará dificultada”<sup>7</sup>.

El Código de procedimiento penal en su artículo 308.1 y 309 regla lo concerniente a la “obstrucción a la justicia” que no es cosa distinta que el reconocimiento del riesgo en comento. La exigencia probatoria se refiere a la acreditación de motivos graves y fundados que permitan inferir que el imputado pueda:

- a. Destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba.
- b. Inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

---

<sup>6</sup> PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. La detención preventiva en el sistema penal acusatorio. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2008. Página 52.

<sup>7</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Bosch casa editorial. Barcelona. 1.985. página 107.

- c. Dificulte la realización de las diligencias o la labor de los funcionarios y demás intervinientes en la actuación.

Obsérvese cómo la exigencia que hace el legislador es lógica: si existe elemento de prueba que me indique que el imputado puede afectar las distintas fuentes de prueba, ello justificaría la imposición de una medida de aseguramiento en aras de permitir el esclarecimiento de lo ocurrido y la preservación de un orden justo como fin constitucional.

Por supuesto, la negativa que puede hacer el indiciado de suministrarle a la fiscalía un interrogatorio jamás podrá tomarse como evidencia de obstrucción a la justicia, pues es claro que allí estamos frente al ejercicio elemental de un derecho constitucional de no autoincriminación.

Algo más: No es suficiente la hipótesis según la cual dada la gravedad de la conducta se puede estar frente a un riesgo de obstaculización, es necesario suministrar elementos de prueba que así lo indiquen. No sobra tampoco advertir que dichos elementos probatorios serán diferentes a aquellos que sirven para construir la inferencia razonable de autoría o participación, pues es claro que aquí estamos frente a un comportamiento post delictual que genera un riesgo para la adquisición o búsqueda de pruebas.

### **2.2.2. RIESGO DE FUGA**

El artículo 308.3 y 312 del C.P.P., regulan lo atinente al riesgo de fuga. Conforme a dicho marco normativo se advierte que los criterios para evaluar la configuración de este riesgo en un caso concreto está atada al análisis de la gravedad y modalidad de la conducta, a lo que habría que agregar la evidencia que indique que la persona carece de arraigo, o bien se acredite una actitud procesal del procesado o una actitud de éste frente al daño causado y que lleven a considerar que es de su interés la no comparecencia al proceso.

La ley 1142 de 2.007 incluyó una expresión en el artículo 312 comentado y que muestra la teleología de dicha normativa: Se trata de las palabras “en especial” que anteceden a la gravedad y modalidad de la conducta. Por supuesto, el interés que se observa en la reforma legislativa era el de enfatizar sólo en esos aspectos y dejar de lado la acreditación de los otros factores reseñados en la disposición original.

La sentencia C 1198 de 2.008 de la Corte Constitucional, con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla, declaró inexecutable la expresión introducida por la ley 1142 de 2.007 y enfatizó en la necesidad

de acreditar en la audiencia que pretenda imponer una medida asegurativa, la existencia de uno cualquiera de los factores enlistados en el artículo 312 del C.P.P. En otros términos, la corrección que hace nuestro Tribunal constitucional deja las cosas en el mismo lugar en que se encontraban en la ley 906 de 2.004 original, esto es, no será suficiente argumentar la necesidad de una medida de aseguramiento sólo advirtiendo la gravedad y modalidad de la conducta delictiva.

### **2.2.3. RIESGO DE REITERACIÓN**

El riesgo de reiteración se refiere a los casos en que se observe y acredite que el procesado puede volver a delinquir, con lo cual estaría poniendo en peligro a la comunidad en general o a la víctima en particular. Este riesgo se encuentra reglado en el 308.2, 310 y 311 del C.P.P.

El artículo 310 define lo que debe entenderse por peligro para la comunidad. El legislador ha estimado que se justifica la restricción de derechos del imputado cuando éste esté involucrado en la comisión de un hecho de especial gravedad, lo que seguramente se reflejará en la pena imponible, y además se evidencia alguna de las siguientes hipótesis:

- a. Que el imputado puede continuar delinquir.
- b. Que tiene vínculos con organizaciones criminales.
- c. La imputación que se le ha hecho cubre pluralidad de delitos, debiéndose analizar la naturaleza de éstos.
- d. Que el imputado esté acusado o sujeto a medida de aseguramiento o disfrutando algún mecanismo sustitutivo de pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional.
- e. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
- f. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
- g. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
- h. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.

- i. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

Se resalta el hecho de que la norma exige la presencia de dos condiciones a la vez: De un lado la gravedad y modalidad de la conducta y, de otro, alguna de las nueve hipótesis reseñadas, lo cual quiere significar que la Fiscalía asume una carga probatoria que va más allá de aquellas con la que pretende demostrar la inferencia razonable, pues debe también acreditar precisamente el indicio de reiteración o, lo que es lo mismo, la evidencia que indique que la persona del procesado puede seguir delinquiriendo de mantenerse su libertad.

La interpretación correcta del artículo 310 del C.P.P., llevó a que en muchos casos, por deficiencias probatorias o por abierta improcedencia, no se impusiere medida de aseguramiento a imputados de conductas delictivas de extrema gravedad. Tal situación generó una reacción gubernamental que se materializó en la presentación del proyecto de ley de 23 de julio de 2.006 que sería luego la ley 1142 de 2.007. En el proyecto se aseguraba que:

***“La detención preventiva, de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe ser excepcional, necesaria y racional (C-774 de 2001). En razón de ello, no sólo se sujeta a una base probatoria mínima que indique la autoría o participación del imputado, sino igualmente a la consecución de los fines del proceso, conforme con el artículo 308 de la ley 906 de 2004. Sin embargo, en punto a la protección de la comunidad y las víctimas, como uno de los fines del proceso que garantiza la medida de detención, la práctica ha mostrado que la gravedad y la modalidad de los hechos ha pasado a un segundo plano en el examen de riesgo, frente a la exigencia de que la fiscalía necesariamente debe llevar a la respectiva audiencia elementos materiales probatorios o información que indique la pertenencia del imputado a una organización criminal o la continuación de la actividad delictiva o la pluralidad de delitos imputados o la existencia de investigaciones pendientes o sentencias condenatorias vigentes. Estas últimas circunstancias no siempre se presentan en un caso, a pesar de que, en virtud de la dinámica de los hechos, pueden resultar alarmantes la gravedad y modalidad de la única conducta punible***

***(verbigracia, un secuestro extorsivo o un hurto calificado cometido por varias personas, sin que pueda sugerirse organización criminal).”***

Nótese la incorrecta apreciación efectuada por el creador del proyecto: No es que la gravedad y modalidad conductual pasaran a un segundo plano, simplemente era una primera valoración que debía acompañarse de una segunda que apuntaba precisamente a la evidencia de reiteración que es lo que pone en eventual riesgo a la comunidad.

Las razones anteriores llevaron a proponer una reforma del artículo 310 del C.P.P., en donde se aseveraba que “será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible” para tener por demostrado el peligro de la comunidad, dejando simplemente como una potestad del juez “valorar adicionalmente algunas de las” circunstancias enunciadas en los literales a) a i) ya citados.

Además de lo anterior, en el proyecto de ley que luego sería la 1142 de 2.007 se incorpora al artículo 310 un listado de delitos en los cuales se presume que se pone en peligro a la comunidad y frente a los que, sin excepción, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario. Para reiterar lo anterior y evitar cualquier equívoco en la aplicación de la norma, dicho listado volvía a ser incluido en el párrafo del artículo 316 que se refiere a la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria.

Al final, el legislador consideró necesario sólo hacer el listado de delitos sólo en el texto del artículo 316 y no en el 310, pero la filosofía que inspiraba tal determinación no cambiaba: Se presumía el peligro para la comunidad, se partía, en esos casos, de la idea de que se configuraba un riesgo de reiteración delictiva, habida consideración de la gravedad de cada una de esas conductas delictivas.

El texto del párrafo del proyecto era el siguiente:

***“PARÁGRAFO. Se presumirá el peligro para la comunidad y será imponible la detención preventiva, cuando la imputación se refiere a delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado, homicidio (C.P., artículo 103), homicidio agravado (C.P., artículo 104), lesiones personales con***

*perturbación funcional permanente (C.P., artículo 114, inc 2), lesiones personales con perturbación psíquica permanente (C.P., artículo 115, inc 2), lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro (C.P., artículo 116), secuestro extorsivo (C.P., artículo 169), tráfico de migrantes (C.P., artículo 188), acceso carnal violento (C.P., artículo 205), acto sexual violento (C.P., artículo 206), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (C.P., artículo 208), actos sexuales con menor de catorce años (C.P., artículo 209), acceso carnal o actos sexuales con incapaz resistir (C.P., artículo 210), estímulo a la prostitución de menores (C.P., artículo 217), pornografía con menores (C.P., artículo 218 ), violencia intrafamiliar (C.P., artículo 229), hurto calificado (C.P., artículo 240), hurto agravado (C.P., artículo 241, numerales 8, 11, 12 y 15), extorsión (C.P., artículo 244), amenazas (C.P., artículo 347 ), tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (C.P., artículo 358), repetición o continuidad en las conductas de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal o su concurso con el concierto para delinquir (C.P., artículos 340 y 365), fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P., artículo 366 ), fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P., artículo 367), peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P., artículo 397), concusión (C.P., artículo 404), cohecho propio (C.P., artículo 405), cohecho impropio (C.P., artículo 406), cohecho por dar u ofrecer (C.P., artículo 407), violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (C.P., artículo 408), interés indebido en la celebración de contratos (C.P., artículo 409), contrato sin cumplimiento de requisitos legales (C.P., artículos 410), favorecimiento (C.P., artículo 446, inc 2), receptación repetida, continua o profesional (C.P., artículo 447, inc. 1 y 3), la receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P., artículo 447, inc. 2) y la rebelión (C.P., artículo 467).”*

Posteriormente, se adoptó un texto normativo diferente, en tanto que se redujo la lista y se dejó por fuera la introducción del precepto “*se presumirá el peligro para la comunidad...*” para dar paso a la expresión “*No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos:...*”

Tal y como se advirtió ab initio de este acápite, el riesgo de reiteración también cobija las hipótesis en las que se considere que la medida de aseguramiento es viable cuando con ella se pretenda proteger a la víctima de la conducta delictiva, en tanto que existe una probabilidad de que el procesado siga afectando a quien ya se ve afectado con la presunta comisión delictiva. Es de resaltar que, conforme a lo preceptuado en el artículo 311 del C.P.P. esa protección no sólo cobija a la víctima directa, sino que también incluye a su familia o sus bienes.

Una vez más se insiste en que es menester que la solicitud de medida de aseguramiento por esta causal se justifique en tanto que se acredite con elementos de prueba la probabilidad de tal afectación a la víctima o su entorno, no de otra manera se puede interpretar la expresión “cuando existan motivos fundados” de que trata el ya citado artículo 311. De esta manera, queda una vez más en evidencia lo que ya se ha expresado: No es suficiente la mera gravedad o modalidad conductual para justificar la medida asegurativa.

### **3. LA DETENCIÓN DOMICILIARIA Y LA PROHIBICIÓN DE SU CONCESIÓN EN LA LEY 1142 DE 2.007**

Si repasamos el contenido del artículo 307 del Código de procedimiento penal, la detención domiciliaria surge como una de las especies de medidas privativas de la libertad. La tipología descrita por el legislador no hace discriminaciones entre medidas principales o accesorias, sólo refiere una clasificación dependiendo del grado de restricción de derechos y, concretamente, en relación con la libertad personal.

En efecto, el numeral 2 del literal A del citado artículo 307 señala que:

“Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad.

...

2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento”.

La detención domiciliaria vuelve a ser reglada en el artículo 314 del Código de procedimiento penal. En dicha norma se advierte que *“la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes casos...”*

Obsérvese que, a priori, la redacción del artículo 314 sugeriría que la detención domiciliaria sería una medida de aseguramiento sustitutiva, de alguna manera, dependiente de la detención en establecimiento carcelario. Estimamos que tal idea no es correcta, pues entraría en oposición con la clasificación que la misma norma ha realizado de las medidas de aseguramiento, así como con los principios que rigen la determinación de las mismas y que se encuentran previstos en el artículo 295 del código.

Así las cosas, la primera inferencia que extraemos de la hermenéutica propuesta para el instituto jurídico en comento es que la detención domiciliaria no es una medida de “segunda clase”, dependiente de otra principal, sino que su concesión surge directamente del test de proporcionalidad que se debe adelantar por el juez de control de garantías; es decir, dependerá de la necesidad, adecuación, proporcionalidad estricta, en fin, de la razonabilidad que indique que con esa restricción al derecho a la libertad es suficiente para alcanzar los fines constitucionales que fundamentan la imposición de la medida misma.

Las causales del artículo 314 del C.P.P., constituyen criterios de orientación que debe tener en cuenta el juez para facilitar su labor de ponderación, esto es, son casos en los cuales el juez de control de garantías encuentra elementos que le llevan a inclinar la ponderación a favor de la detención en domicilio y no en un establecimiento carcelario, pues todas y cada una de las situaciones tipificadas en ese artículo 314 aluden a casos en los cuales entra una variable que coincide en la labor de ponderación: la prevalencia constitucional de los menores, el ser adulto mayor, el estado de gravidez o la enfermedad grave del procesado.

La interpretación sugerida adquiere mayor fuerza cuando se observa el contenido del numeral primero del artículo 314 que indica que procederá la detención domiciliaria:

***“Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia...”***

Obsérvese que la causal primera referida no hace cosa diferente que reiterar los principios del artículo 295 del C.P.P., es decir, no hace cosa distinta que dejar en claro que es la ponderación, caso a caso, la que determinará si la privación de libertad en el domicilio o en establecimiento carcelario es suficiente para lograr los fines tendentes a neutralizar los ya comentados riesgos de fuga, reiteración u obstaculización.

Ahora bien, la ley 1142 de 2.007 en su artículo 27 modificó el texto original del artículo 314 de la ley 906 de 2.004, en cuanto que agregó un párrafo que incluye una lista de delitos en los cuales “no procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria”, listado que luego sería igualmente reformado por la ley 1474 de 2.011.

Ya en párrafos precedentes hicimos expresa mención a que la exposición de motivos de la mencionada ley 1142 de 2.007, en éste específico aspecto, es clara: presumir los riesgos que fundamentan la medida de aseguramiento y evitar que se imponga una medida distinta a la intramural en casos que, en abstracto, el legislador ha considerado tan graves que no requieren otro tipo de valoración o ponderación judicial. El mismo criterio fue el fundamento de la reforma introducida por la denominada Ley de Seguridad Ciudadana.

En la sentencia C 318 de 2.008 se declaró la exequibilidad del artículo 314 del Código de procedimiento penal pero condicionándolo a que *“el peticionario debe fundamentar en concreto que la detención domiciliaria no impide el cumplimiento de los fines de la detención preventiva, en especial del respeto a las víctimas del delito y en relación exclusiva con las hipótesis previstas en los numerales 2, 3, 4 y 5.”*

Es claro que la fundamentación de la sentencia C 318 quedó corta, pues perfectamente podía justificar la declaratoria de exequibilidad condicionada para todas las causales y no haber dejado por fuera la prevista en el numeral primero.

La Corte estimó que en la medida en que en los numerales 2 a 5 se está ante situaciones fácticas en las que intervienen personas que tienen una protección constitucional reforzada o vulnerables (niños, ancianos, embarazadas, enfermos), no podía excluirse en forma tajante y absoluta la posibilidad de que en un caso se estimare que la detención domiciliaria es suficiente para cumplir con los fines de las medidas de aseguramiento.

Sobre el particular razonó la Corte Constitucional:

***“6.3. No obstante, advierte la Corte que la limitación que introdujo el legislador al ámbito de discrecionalidad del juez para efectuar el juicio de suficiencia a que refiere el numeral primero del artículo 314 C.P.P., para la sustitución de la medida de aseguramiento respecto de un catálogo determinado de delitos, no puede considerarse como un menoscabo a los principios de afirmación de la libertad, excepcionalidad de las medidas de aseguramiento y prohibición de medidas de aseguramiento indiscriminadas, las cuales conservan plena eficacia en el momento de la definición sobre la procedencia de la medida de aseguramiento en los términos que lo prevé el artículo 313 del C.P.***

***El juicio de suficiencia acerca de la sustitución de la medida de aseguramiento, previsto en el numeral primero del artículo 314, siempre estará precedido del juicio de necesidad de la medida de detención contemplado en el artículo 308 del C. de P.P., mediante el cual el Juez, en todos los eventos, aún en los que contempla el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1123 de 2007, efectuará no solamente la valoración probatoria que le impone aquel precepto (308 C.P.P.) sobre la existencia de elementos probatorios de los que razonablemente se infiera la participación del imputado en el hecho investigado, sino el juicio de necesidad que le imponen los numerales 2, 3, y 4 de esta misma disposición, para la adopción de la medida.***

***6.4. De tal manera que no puede sostenerse de manera categórica que en todos los eventos previstos en el parágrafo acusado, la única alternativa sea la privación de la libertad en establecimiento carcelario, puesto que aún en las hipótesis en que procede en abstracto (Art. 313 C.P.P.) la medida de aseguramiento de detención preventiva, puede ocurrir que luego del juicio de necesidad, el juez considere que, atendidas las circunstancias del caso concreto, la medida no cumpliría ninguno de los fines que constitucional y legalmente se le atribuyen.***

***La prohibición del artículo 27 de la Ley 1123 de 2007 (parágrafo 314) deja así inalterado este ámbito previo de decisión del juez, que despliega toda su eficacia al momento en que deba valorar si impone o se abstiene de aplicar la medida de aseguramiento de detención preventiva. Si decide imponerla por***

***alguno de los delitos contemplados en el párrafo censurado, ésta se cumplirá en establecimiento carcelario, pero, se insiste, aún en tales eventos irá precedida del juicio de necesidad que se realiza al momento de la imposición de la medida.***

***En este orden de ideas, la limitación del umbral de discrecionalidad del juez (numeral 1° del artículo 314) se ubica en el campo del juicio de suficiencia propio del momento de la sustitución, no en el ámbito de la valoración de la necesidad el cual pertenece al momento de la imposición de la medida. La limitación que introduce el precepto no desconoce, en consecuencia, el principio de necesidad de la medida derivado de los postulados constitucionales de afirmación de la libertad, y de excepcionalidad de las medidas que la restringen con fines cautelares.”***

Así, la distinción que hace la Corte entre el juicio de necesidad (propio del análisis del artículo 308 del C.P.P.) y el de suficiencia (propio del artículo 314, ibídem) es el que le permite inferir que la modificación introducida por la ley 1142 de 2.007 ( y creemos extensible a la ley 1474 de 2.011) al artículo 314 (incorporar un párrafo en el que se advierte la no procedencia de la detención domiciliaria) es constitucional en tanto que está prevista dentro de la libre configuración que tiene el legislador y en tanto que no afecta ese primer juicio de necesidad.

Con todo, estimamos que esa diferencia genera más equívocos y problemas prácticos que soluciones. El pretendido juicio de suficiencia estaría soportado sobre la premisa, falsa a nuestro juicio, de que la detención domiciliaria sea tratada como una medida subordinada de la detención en establecimiento carcelario. Además de lo anterior, el juicio de necesidad está íntimamente ligado al juicio de proporcionalidad que debe hacer el juez y ello implica valorar cuál de los diversos tipos de medidas de aseguramiento es suficiente para cumplir con los fines que la inspiran y ese examen se va a ver truncado si luego aparece un pretendido juicio de suficiencia en el que el juez se ve compelido a escoger, pese a contrariar el test que acaba de hacer, una medida mucho más gravosa constitucionalmente.

#### 4. CONCLUSIONES

Lo expuesto hasta ahora permite establecer que no es necesaria la imposición de medida de aseguramiento en todas las investigaciones penales, o, lo que es igual, que perfectamente se pueden tramitar éstas, sin que el imputado tenga que soportar restricciones a sus derechos, tal y como se discutía en la comisión redactora constitucional.<sup>8</sup>

Desde luego, no bastará con acreditar la necesidad de imponer una medida de aseguramiento, acorde con los fines constitucionales previstos para tal figura, sino que además también debe el fiscal acreditar en la respectiva audiencia preliminar, la existencia de una inferencia razonable que involucre al imputado como presunto autor o partícipe de la conducta delictiva. Desde luego, no se trata aquí de un descubrimiento total de los elementos materiales de prueba que haya podido recaudar la Fiscalía hasta este momento procesal, pero si será una obligación suya presentar informaciones legalmente obtenidas o evidencias físicas que permitan inferir en términos de probabilidad, y no de simple posibilidad, que el imputado es autor o partícipe de un delito. Sobre este particular, vale la pena recordar que la regla 19.1 de Mallorca advierte que: “la detención de una persona solo se podrá decretar cuando existen fundadas sospechas de su participación en un delito”<sup>9</sup>. Obviamente, nuestro marco normativo no exige “las fundadas sospechas” tan solo para la detención, sino que tal condición es predicable de todas las medidas de aseguramiento, sean o no privativas de la libertad.

La ley 1142 de 2.007 modificó una serie de normas que regulan el tema de las medidas de aseguramiento, siendo que tales modificaciones están inspiradas en un claro eficientismo judicial.

La detención domiciliaria no es una medida de aseguramiento subordinada, sino que constituye una medida principal, especie de un mismo género cual es el de las medidas privativas de la libertad. Dicha autonomía y determinación como producto de un test de proporcionalidad entre los intereses constitucionales yuxtapuestos en el proceso penal se ve truncada con la incorporación que hace la ley 1142 de 2.007 de un listado de delitos en los cuales no resultaría procedente la detención domiciliaria.

---

<sup>8</sup> Cfr. COMISION REDACTORA CONSTITUCIONAL. Op.Cit.

<sup>9</sup> PROYECTO DE REGLAS MINIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL PROCEDIMIENTO PENAL. “Reglas de Mallorca”, Regla 19.1.

La exequibilidad condicionada del párrafo introducido por la ley 1142 de 2.007 al artículo 314 del C.P.P., no es suficiente para superar la tensión y oposición entre la presunción que hace el legislador de una ponderación de intereses y una hermenéutica de las medidas de aseguramiento enmarcadas dentro de una concepción garantista.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

APONTE CARDONA, Alejandro. Guerra y Derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo. Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2.006.

BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1.998.

COMISIÓN REDACTORA CONSTITUCIONAL creada por el acto legislativo 003 de 2.002. Acta 027.

CAMARA DE REPRESENTANTES. Gaceta del Congreso No 339 de julio 23 de 2003.

GARCIA RIVAS, Nicolás, El poder punitivo en el Estado Democrático. Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 1996.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Bosch casa editorial. Barcelona. 1.985.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid. Editorial Trotta. 1995.

PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. La detención preventiva en el sistema penal acusatorio. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2008.

PÉREZ PINZÓN. Álvaro Orlando. Los principios generales del proceso penal. Universidad externado de Colombia. Bogotá. 2.004.

VALLEJO, Manuel Jaen. Derechos fundamentales del proceso penal. Colección Autores Extranjeros. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez C Ltda. Medellín 2.004.

## **LOS ERRORES PROBATORIOS DEL ESTADO COLOMBIANO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**AUTORES:** Carlos Arturo Duarte Martínez, Sergio Andrés Gómez Garnica,  
Paola Andrea Pedraza Gómez, Germán Alonso Ojeda Mejía,  
María Andrea Figueroa Alfonso, Dyer Félix Aguillón Villamizar  
Lina María Araújo Quiroga

**FECHA DE RECEPCIÓN:** Septiembre 05 de 2011

**DIRECCIÓN:** hermes@unab.edu.co

**RESUMEN:** Se analiza la actividad probatoria del Estado colombiano en sus procesos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando los errores probatorios en ellos cometidos, los cuales han influido de manera parcial en el sentido desfavorable de las sentencias con las que éstos han terminado, y finalmente se proponen unas observaciones para adoptar en litigios futuros.

**PALABRAS CLAVES:** Derecho Probatorio, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Colombia, violación a los derechos humanos, errores probatorios.

**ABSTRACT:** This exposition analyze the probative activity of Colombian State in the contentious process at the Interamerican Court of Human Rights, trough the sentences that they have ended pointing probative errors committed by the state, which have influenced on a unfavorable parcial and putting recommendations to adopt on future lawsuit.

**KEY WORDS:** Probative Law, Interamerican Court of Human Rights, Colombia, Human Rights violations, Probative errors.

# LOS ERRORES PROBATORIOS DEL ESTADO COLOMBIANO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Carlos Arturo Duarte Martínez, Sergio Andrés Gómez Garnica, Paola Andrea Pedraza Gómez,  
Germán Alonso Ojeda Mejía, María, Andrea Figueroa Alfonso, Dyer Félix Aguillón Villamizar.\*

*Al Doctor Laureano Gómez Serrano, quien siempre será un faro que nos  
guiará, hacia donde queremos llegar como investigadores: la excelencia.*

## I. INTRODUCCIÓN\*\*

En este documento se exponen los resultados de la investigación titulada “Análisis de la actividad probatoria del Estado colombiano en los procesos adelantados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” adelantada por los Semilleros de Investigación en Hermenéutica Jurídica – HERMES- y en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, adscritos al Grupo de Hermenéutica Jurídica del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Facultad de Derecho.

La investigación se ha desarrollado con ocasión del XII Concurso internacional para estudiantes de derecho –Nivel Pregrado- organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal cuyo tema fue “La Prueba en los procesos ante los Tribunales Internacionales”.

El trabajo tuvo por objeto examinar la actividad probatoria del Estado colombiano en los once procesos en los que ha sido parte ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CORIDH) desde que reconoció su competencia contenciosa para decidir sobre el cumplimiento y observancia de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), en los que se ha debatido su responsabilidad internacional por violación de derechos humanos derivada, principalmente, de masacres, desapariciones y ejecuciones

---

\* Estudiantes de pregrado de la Facultad de Derecho y miembros del Semillero de Investigación HERMES, de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.

\*\* Los autores reconocen la colaboración como asistentes de investigación de sus compañeros Carlos Mario Frías Rubio, Maira Liseth Gualdrón Gómez y Jefferson Contreras Serrano.

extrajudiciales de civiles y líderes sociales, cometidos por agentes estatales o particulares pertenecientes a grupos paramilitares; a fin de determinar los derroteros por los cuales ha desarrollado el ejercicio de su derecho de contradicción en el campo probatorio y la influencia que este ha tenido en el sentido de las sentencias con las que se ha puesto fin a tales procesos.

El problema abordado en la investigación es complejo, debido a las particularidades que tiene el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante SIPDH), pues su régimen procesal ha sido regulado por varios reglamentos, en los que se ha establecido el devenir de los procesos que adelanta la CORIDH para la aplicación e interpretación de la CADH, destacándose el aspecto probatorio debido a que cuenta con ciertas particularidades que lo diferencian de los derechos internos de los estados; y se justifica en cuanto a que todas las sentencias emitidas en estos procesos han sido desfavorables al Estado colombiano, y en la falta de trabajos sobre el tema –específicamente en el punto probatorio- en el ámbito académico nacional.

## **II. METODOLOGÍA**

Para el desarrollo de la investigación se hizo un estudio sucinto del régimen sustancial del SIPDH y se ahondó en los regímenes procesal y, en especial, probatorio de los reglamentos de la CORIDH bajo los cuales se han emitido los pronunciamientos judiciales – la mayoría de ellos con el Reglamento de 2000 con las modificaciones de 2003-; a fin de conocer sus características, particularidades y, respecto al último, sus diferencias con nuestro derecho nacional.

Igualmente se procedió a analizar las sentencias de excepciones preliminares y de fondo emitidas por la CORIDH–y en sus textos se encuentra el límite de la investigación-, excluyendo a las demás, debido a la extensión que implicaría tenerlas en cuenta, y al límite espacial de la ponencia establecido por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Éste análisis se centró preponderantemente en el ámbito probatorio: la actividad probatoria de partes, las apreciaciones expuestas por las presuntas víctimas o sus representantes y las conclusiones de la CORIDH del análisis de las pruebas, y se prescindió, en lo posible, de aspectos sustantivos y algo de los procesales de las mismas como, por ejemplo, el contenido de los derechos y deberes de la CADH debatidos.

### **III. RESULTADOS**

Con la investigación se han establecido dos categorías de errores probatorios en los que incurrió Colombia en los procesos contenciosos ante la CORIDH: los derivados del desconocimiento del régimen sustancial en el SIPDH y procesal ante la CORIDH, y los errores probatorios en sentido estricto, surgidos de la ignorancia del régimen probatorio utilizado por la CORIDH, como tribunal internacional de derechos humanos, para cumplir su rol dentro del SIPDH.

Es de advertir que con la primera de dichas categorías se reafirma el carácter instrumental del derecho probatorio, por lo que para su correcta utilización es necesario tener claridad en los asuntos sustanciales y procesales, ya que el ejercicio probatorio de los litigantes seguirá la suerte de las posiciones y las conclusiones que en ellos se asuman. Dentro de estos se pueden encontrar: a) la desnaturalización del objeto de prueba por el desconocimiento del régimen de responsabilidad en el SIPDH; b) la exclusión del estudio de las excepciones preliminares por parte de la CORIDH, ante el reconocimiento de responsabilidad internacional parcial; c) excepciones preliminares mal planteadas; d) aceptaciones de responsabilidad internacional mal hechas; e) la violación al principio de Estoppel, y f) el desconocimiento del *locus standi in iudicio* de las presuntas víctimas o sus representantes.

En cuanto a la segunda, se identificaron: a) una deficiente contradicción de la prueba debido al formalismo jurídico; b) el incumplimiento del deber de aportar las pruebas de oficio por parte del Estado, y c) la inexistencia de una verdadera actividad probatoria producto de un ejercicio probatorio insuficiente e incorrecto.

### **IV. CONCLUSIONES**

Una vez terminado el análisis de todas las sentencias se puede concluir y señalar unas observaciones para los casos futuros en los que el Estado colombiano sea parte en un proceso contencioso ante la CORIDH lo siguiente:

- El régimen de responsabilidad internacional en el SIPDH es estatal y no individual; en él se juzgan Estados y no personas. Quienes concurren como agentes de Colombia ante la CORIDH deben conocer esto y estructurar la defensa estatal para desvirtuar hechos

constitutivos de violaciones de derechos humanos y no para probar la ausencia de responsabilidad penal de los perpetradores de aquellos.

- Si el Estado pretende atacar la competencia de la CORIDH y desea reconocer su responsabilidad internacional, debe plantear primero las excepciones preliminares pertinentes, y solo en caso de que no prosperen expresar su allanamiento, o expresarlo en forma subsidiaria.
- El reconocimiento del *locus standi in iudicio* de las presuntas víctimas por parte del Estado implica la afirmación de que el fin último del SIPDH es la protección de las personas; y la atención y contradicción que haga él frente al escrito que ellas presenten es una oportunidad y necesidad para que el Estado ejerza una defensa integral frente a todos los intervinientes en este proceso internacional.
- El régimen probatorio de la CORIDH es ajeno a las formalidades del derecho interno, debido a la flexibilidad derivada de su condición de tribunal internacional de derechos humanos. De lo anterior resulta un reto para quienes a nombre de Colombia intervengan en procesos ante este tribunal, a fin de evitar que su formación jurídica nacional formalista incida en la errónea utilización de herramientas internacionales.
- Ante las aceptaciones de responsabilidad internacional mal hechas por el Estado, sus violaciones al principio de *Estoppel*, su incumplimiento del deber de aportar las pruebas de oficio, y su inactividad probatoria producto de un ejercicio probatorio insuficiente e incorrecto, Colombia al ser notificada de las demandas debe analizar que puede desvirtuar de los hechos afirmados por la CIDH y contradecir de los pronunciamientos de los representantes de las víctimas, para a partir de ello decidir si hace un reconocimiento total o parcial de los hechos. Esto, además, es un llamado de atención para que el Estado llegue a soluciones amistosas reales e íntegras a la luz del SPIDH, o incluso, atender desde un comienzo las recomendaciones u observaciones que hace la CIDH.

Así las cosas, el Estado debe entender que un ejercicio probatorio correcto nace de un conocimiento preciso de la normatividad sustancial y procesal del SIPDH y del respeto a la CADH. Es evidente en cada una de las once sentencias analizadas, que el Estado en virtud de un ejercicio probatorio equivocado sufrió en la parte resolutive de las sentencias la concreción

de errores (aunque esto no significa que sin ellos hubiera salvado totalmente su responsabilidad<sup>1</sup>). Lo anterior tiene explicación, en parte, en la desidia o falta de interés del Estado y de las litigantes colombianos por conocer y diferenciar la normatividad internacional de la nacional. Se constituye en un reto para Colombia que sus representantes sean conocedores del régimen probatorio y sustancial de la CORIDH; un Estado como el nuestro no debe permitir además de las flagrantes violaciones a los derechos humanos en el ámbito interno en razón de la arbitrariedad de sus agentes estatales, la comisión de errores de quienes asisten a los procesos en su defensa en el ámbito internacional en razón a la ignorancia jurídica.

Las conclusiones del trabajo de investigación se condensan en cinco capítulos, que son:

1. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA

2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

3. EL RÉGIMEN PROCESAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. El Rol de la CIDH

3.2. El procedimiento ante la CORIDH

4. EL RÉGIMEN PROBATORIO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

4.1. El Objeto de Prueba

4.2. La Carga de la Prueba

4.3. Los Medios de Prueba

4.4. La Valoración de la Prueba

---

<sup>1</sup> Es importante que quede claro, que al Estado colombiano la CORIDH lo ha condenado por violar los derechos humanos y no por carecer de una excelente defensa. Es más, en algunos de los casos analizados es palpable que aquello que permitió y posibilitó la perpetración de tales violaciones, trascendió al proceso internacional llevando a los litigantes a acudir a cualquier argumento para salvar los “intereses estatales”, y por esto se derivaron algunos errores probatorios.

## 5. DESCRIPCIÓN DE LOS ERRORES DEL ESTADO COLOMBIANO EN LOS CASOS FALLADOS POR LA CORTE INTERAMERICANA

5. 1. Errores derivados del desconocimiento de los regímenes sustancial y procesal

5.2. Errores estrictamente probatorios

### V. BIBLIOGRAFÍA

ABREU BURELLI, Alirio. La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Memoria del Seminario, (2003), pp. 112-125.

ATIENZA, Manuel. El sentido del derecho. 5ª Ed., Ariel, Barcelona, 2009.

ACOSTA LÓPEZ, Juana y LONDOÑO LÁZARO, María. Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y LONDOÑO LÁZARO, María (Coords) La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vol. VI. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. CXI-CLVIII.

BARBOSA, Francisco. Litigio interamericano perspectiva jurídica del sistema de Protección de Derecho Humanos. 1ª Ed., Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2002.

CALDERÓN RUIZ, Oscar. La responsabilidad penal por quebrantamiento del rol institucional en la violación de los derechos humanos. En: Derecho Penal Contemporáneo-*Revista Internacional*, N° 34 (Enero-Marzo, 2011); 113-166.

CANÇADO TRINDADE, Antônio. El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. En: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. N° 30-31 (Jun-2001); p. 45-72.

CARMONA TINOCO, Jorge. Evolución y perspectivas de la participación de los Estados en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: BECERRA, Manuel (Coord.). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. México, D.F., 2007. p 1-22.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I. 5° ed., Víctor P. De Zavalía, Buenos Aires, 1981.

\_\_\_\_\_. Compendio de la Prueba Judicial T. II. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2000.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos sustanciales y procesales. 3ª Ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Orden y valoración de la pruebas en la función contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Memoria del Seminario, (2003), pp. 195-215.

GAVIRIA LIÉVANO, Enrique. Derecho Internacional Público. 2ª Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985.

GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Los Órganos de Protección en el Sistema Interamericano y el Proceso de lo Contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Número 43, (Mayo-Junio, 2000), pp. 152-176.

HALAJCZUK, Bohdan y MOYA DOMÍNGUEZ, María. Derecho internacional público. 3ª Ed., EDIAR, Buenos Aires, 1999.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho internacional público. 5ª Ed., Temis, Bogotá, 2002.

NARANJO, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. 10ª Ed., Temis, Bogotá, 2006.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 15ª Ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2006.

ROMERO PÉREZ, Xiomara. El reconocimiento parcial de la responsabilidad del Estado colombiano en el sistema interamericano de derechos humanos: casos Mapiripán, Ituango y La Rochela. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen IX, (2009), pp. 219-243.

SANTAGATI, Claudio Jesús. Manual de Derechos Humanos. 1ª Ed., Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2006.

### **SENTENCIAS ANALIZADAS<sup>2</sup>**

Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia de 21 enero de 1994. (Excepciones Preliminares).

Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia de 8 de diciembre de 1995 (Fondo)

Caso Las Palmeras vs. Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001 (Fondo)

Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)

Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Sentencia de 12 de Septiembre de 2005.

Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 Septiembre de 2005.

Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de Enero de 2006.

Caso de Las Masacres de Ituango vs. Colombia. Sentencia de 1 de Julio de 2006.

Caso Escué Zapata vs. Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia. Sentencia de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas).

---

<sup>2</sup> También se tuvo en cuenta otras sentencias que se referencian en los pies de página a lo largo del documento.

Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Sentencia de 26 de Mayo de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

## VI. EXPOSICIÓN\*

### 1. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA

La principal tarea que ha emprendido el ser humano durante los últimos cuatro siglos ha sido la del reconocimiento y protección de sus derechos e intereses por el Estado. Antes de las revoluciones burguesas, él sólo contaba con deberes cuyo incumplimiento le acarrearía consecuencias gravosas, y con los triunfos obtenidos en ellas logró implantar un nuevo modelo de Estado: uno democrático y de derecho, cuyos principales pilares fueron el reconocimiento de los hoy llamados derechos civiles y políticos, la distribución de poderes y el imperio de la legalidad, según el cual toda actividad estatal debe estar establecida anticipadamente en una norma jurídica, con lo que además de racionalizar el ejercicio del poder público, se constituye en una garantía a las personas, pues así podían saber cómo desarrollar su vida dentro de la juridicidad.

Este dogma democrático decimonónico se mantendría, en mayor o menor medida, incólume hasta la II Guerra Mundial. Los regímenes totalitarios –Nazista y Fascista- enseñaron que se podían violar los derechos sin desbordar los límites de la legalidad; teniéndose con ello que era incorrecto identificar la ley con el Derecho.

La barbarie de la II Guerra Mundial posibilitó un consenso<sup>3</sup> alrededor de los derechos humanos. En efecto, después de la guerra, fueron varias tareas las que se emprendieron para otorgar garantías a los derechos humanos, entendidos como “*aquellos que poseen las personas por el*

---

\* Una parte de este escrito fue expuesta por el estudiante Carlos Arturo Duarte Martínez el 7 de septiembre de 2011 en el Salón Cincuentenario, del Hotel Tequendama, en desarrollo del XII Concurso internacional para estudiantes de derecho –Nivel Pregrado- organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, llevado a cabo en el marco del XXXII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, que se desarrolló los días 7,8 y 9 de septiembre en la ciudad de Bogotá, Colombia.

<sup>3</sup> ATIENZA, Manuel. El sentido del derecho. 5ª Ed., Ariel, Barcelona, 2009, p. 207. Este autor Español recuerda cómo durante el siglo XIX el utilitarismo, el marxismo y el catolicismo rechazaron, por diferentes motivos, los derechos humanos. El preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos corrobora este consenso al establecer que “... *el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad...*”. Para una posición semejante ver MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho internacional público. 5ª Ed., Temis, Bogotá, 2002, p. 29.

*solo hecho de serlo y que conllevan una serie de facultades cuya titularidad es irrenunciable*<sup>4</sup>. En el plano internacional –que es el importante para esta investigación– se crearon instrumentos y organismos tendentes a establecer escenarios y compromisos internacionales para el respeto de estos. Así, el 24 de octubre de 1945, se creó la Organización de las Naciones Unidas y se emitió la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de Diciembre de 1948.

Los estados americanos, que no fueron ajenos a estas consecuencias y contexto, procedieron a establecer la Organización de Estados Americanos y a adoptar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, durante la Novena Conferencia Panamericana celebrada entre el 30 de marzo y el 2 de mayo de 1948 en Bogotá, Colombia. Sin embargo, con la sola declaración no se satisfacía el anhelo de protección de derechos humanos, pues su naturaleza era eminentemente programática, una simple manifestación por parte de los estados de un plan político y ético a desarrollar.

Era, entonces, menester contar con un instrumento que obligara a los estados y que contara con organismos que vigilaran su cumplimiento y disciplinaran la acción de ellos, lo que solo se lograría con la constitución del SIPDH, proceso que fue lento pero progresivo. Esto es patente pues desde 1951 se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaborar un proyecto de convención sobre derechos humanos. En 1959, durante la Quinta reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile el 12 de agosto de 1959, se creó la CIDH para promover el respeto a la Declaración de 1948; un año después se aprobarían sus estatutos.

Pero solo sería hasta el 22 de noviembre de 1969, cuando finalmente, en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana, celebrada en San José de Costa Rica, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que, primeramente, se confió en el régimen democrático<sup>5</sup> para asegurar la libertad personal y la justicia social, junto con la declaración de los derechos humanos que reconocían los Estados y se establecieron, en

---

<sup>4</sup> BARBOSA, Francisco. Litigio interamericano, perspectiva jurídica del sistema de Protección de Derechos Humanos. 1ª Ed., Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2002, p. 55.

<sup>5</sup> Es muy peculiar que al firmarse esta Convención los regímenes políticos de casi la totalidad de estados americanos estuvieran alejados de los cánones democráticos: en Argentina, Bolivia, Brasil, El Salvador, Panamá, Paraguay y Perú gobernaban los militares; en Haití y Nicaragua las dictaduras las dirigían civiles; y México y Colombia tenían regímenes políticos que no ofrecían alternatividad en el ejercicio del poder público. Por lo anterior, la entrada en vigencia de la CADH y el reconocimiento de competencia de la CORIDH se demorarían bastantes años.

cabeza de aquellos, los deberes de respetar dichos derechos y de adoptar, en sus legislaciones internas, las disposiciones necesarias para ello<sup>6</sup>; adicionalmente se reguló la CIDH y se creó la CORIDH, estableciéndolas como las “...*competentes para conocer sobre el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes...*”<sup>7</sup>, posibilitando así la universalización de los derechos humanos. La CADH fue aprobada por el Congreso colombiano mediante la Ley 96 de 1972 y entraría en vigor solo hasta el 18 de junio de 1978.

Al ser la CORIDH un tribunal internacional, los estados parte de la CADH deben reconocer su competencia para que ella pueda ejercer su función de interpretación y aplicación, lo cual se puede hacer “*incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos*”<sup>8</sup>. Colombia hizo tal reconocimiento el 21 de junio de 1985, por tiempo indefinido, condicionado a estricta reciprocidad, por hechos posteriores a la aceptación de competencia y se reservó el derecho a cesarla en cualquier momento.

Así las cosas, se estableció un sistema complementario a la protección interna que cada Estado otorga a los derechos humanos, al cual solo se accede después de que él haya tenido la oportunidad de juzgar y reparar por sus propios medios las violaciones de que sean objeto.

## **2. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

Bajo la CADH, quienes responden internacionalmente por la violación de los derechos allí establecidos son los estados y no los particulares, debido a que así fue dispuesto por sus celebrantes.

Determinar la responsabilidad estatal internacional, en general, y sus elementos, en particular, es algo de gran relevancia jurídica pues solo así se disciplina la actividad desarrollada por los estados; y de ello se han encargado la doctrina y los tribunales internacionales. ENRIQUE GAVIRIA LIÉVANO señala que los elementos constitutivos de la responsabilidad internacional son:

---

<sup>6</sup> Esto ha convertido a los derechos humanos en un rasero para calificar a un ordenamiento jurídico como justo o injusto y para marcar “*los límites dentro de los cuales puede moverse la reflexión ética y política*” Ver ATIENZA, Op. cit., pp. 206 y 207

<sup>7</sup> Art. 33 CADH.

<sup>8</sup> Art. 62.2 CADH.

**“1. La existencia de un acto u omisión que viole una obligación prevista en una norma internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por tal acto u omisión.**

**2. El acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica.**

**3. Debe haberse producido un perjuicio o daño como consecuencia del acto ilícito.”<sup>9</sup>**

De manera necesaria, al establecer estos elementos en el SIPDH, las construcciones clásicas sufren transformaciones debido a la naturaleza misma de la CADH y a la garantía de los Derechos Humanos como fin último de ella; por lo que a la anterior elaboración del gran profesor colombiano se deben hacer ciertos ajustes. En tal sentido, el artículo 1.1 de la CADH marca los derroteros para determinar si una violación de derechos humanos puede ser o no atribuida a algún Estado parte. Teniendo en cuenta que las obligaciones que asumen los estados partes son de respeto y garantía a los derechos humanos previstos en la CADH, su violación puede darse por cualquier acto u omisión no contra un Estado sino frente a las personas, objeto de protección del SIPDH. Esta responsabilidad será agravada, cuando la violación de derechos humanos responda a *“conductas sistemáticas de los estados”*<sup>10</sup>.

Así, la violación de los derechos humanos por cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado; lo cual:

***“es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno”<sup>11</sup>, para lo cual “no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus***

---

<sup>9</sup> GAVIRIA LIÉVANO, Enrique. Derecho Internacional Público. 2ª Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985, p. 216.

<sup>10</sup> Caso Cepeda Vargas, Sentencia de 26 mayo de 2010, párrafo 38.

<sup>11</sup> Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004., párrs. 150 a 151.

***autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios***<sup>12</sup>.

Otro aspecto de gran relevancia para esta investigación, pues fue un tema que debió tratar la CORIDH en las sentencias contra Colombia, es la responsabilidad internacional estatal que se deriva de las conductas cometidas por los particulares, esto es, personas sin ninguna vinculación laboral con el Estado.

Con una primera lectura de la CADH se diría con gran seguridad que al ser los estados quienes asumen deberes frente a los derechos humanos sólo sus agentes, quienes se encargan materialmente de cumplirlos, pueden violar sus disposiciones, de modo que no se podría endilgárseles responsabilidad por lo que hagan los particulares, lo cual sería de competencia de los tribunales nacionales, o de otros órganos del sistema internacional; pensemos, por ejemplo, en la Corte Penal Internacional.

En adición a lo anterior, la jurisprudencia de la CORIDH ha establecido que la responsabilidad internacional estatal puede generarse, inclusive, por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Para argumentar esta postura, la interpretación de la CORIDH se ha fundamentado en el carácter *erga omnes* de las obligaciones previstas en el artículo 1.1 convencional, las cuales:

***“proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales [por lo que] la atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes”***.<sup>13</sup> (subrayas por fuera del texto).

Con lo anterior se ha establecido la responsabilidad internacional estatal por conductas de particulares cuando “éste *no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones*”<sup>14</sup>. Sin embargo, cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares no genera la

---

<sup>12</sup> Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N° 109, párr. 141.

<sup>13</sup> Caso Masacre de Mapiripán. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 111.

<sup>14</sup> Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 91.

responsabilidad internacional del Estado, es decir, no hay una responsabilidad ilimitada en cabeza del Estado, puesto que “*sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo*”.<sup>15</sup>

### **3. EL RÉGIMEN PROCESAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

#### **3.1. El Rol de la CIDH**

Dentro de sus funciones en el SIPDH, la CIDH se encarga de recibir denuncias y quejas por violación de los derechos humanos llevadas a cabo por los Estados<sup>16</sup>, a fin de iniciar procesos particulares, los cuales comprenden diferentes etapas: en primer momento, determinar la competencia de la CIDH para conocer de cada caso, así como garantizar la subsidiaridad del SIPDH y determinar la idoneidad de tales denuncias; posteriormente entra a determinar la ocurrencia de los hechos alegados por los denunciados, utilizando diferentes medios probatorios, con la participación y contradicción del Estado denunciado; siguiendo su reglamento en el que establecen todas las etapas y momentos procesales, tendentes a establecer la violación de los derechos humanos.

Al finalizar todos los trámites, si no se comprueba la violación de los Derechos Humanos, la CIDH elabora un informe que debe contener los hechos y las conclusiones a las que se llegaron, el cual, además de ser transmitido a las partes, debe incluirse en el informe anual que presenta ante la Asamblea General de la OEA.

En caso de determinarse la violación de derechos humanos, se hace un informe diferente al anterior que debe contener, además, una serie de recomendaciones y observaciones tendentes a reparar a las víctimas, y a tomar medidas para evitar futuras violaciones a Derechos Humanos. Según Faúndez Ledesma éste informe es obligatorio para el Estado frente a la CIDH, en cuanto debe cumplir con las recomendaciones formuladas; es de carácter preliminar puesto que las observaciones definitivas se hacen en el informe del artículo 51 de la CADH; es

---

<sup>15</sup> Caso Valle Jaramillo y otros. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 78.

<sup>16</sup> Además de los previstos en la CADH, puede estudiar los previstos en otros instrumentos internacionales que le hayan deferido tal función como por ejemplo el Protocolo de San Salvador.

confidencial ya que solo se transmite al Estado interesado quien no lo puede hacer público hasta que la CIDH decide sobre él; y puede ser reconsiderado por la CIDH frente a las objeciones que eventualmente arguyan los estados.<sup>17</sup>

Si el Estado no satisface las proposiciones formuladas por la CIDH, ésta tiene dos opciones: somete el caso ante la CORIDH o continúa conociéndolo con lo que debe emitir un informe *final* en el que consten su opinión y conclusiones sobre el caso, que se envía al Estado a fin de que tome las medidas necesarias para cumplir sus obligaciones internacionales de protección y garantía de los derechos humanos, señalándose un término para ello, transcurrido el cual la CIDH decide si el Estado ha realizado las recomendaciones, y si publica<sup>18</sup> o no el informe final.<sup>19</sup>

Es importante señalar que la publicación del informe final constituye la sanción por la inobservancia de las conclusiones y recomendaciones determinadas, es el último mecanismo que tiene la CIDH para persuadir al Estado de que adopte las medidas necesarias para satisfacer sus determinaciones. Por último, se debe señalar que las recomendaciones y observaciones “*no tiene[n] el carácter de decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado*”<sup>20</sup>, lo cual no lo exime del cumplimiento de sus deberes de protección y garantía asumidos con la CADH.

De otra parte, la solución amistosa es una figura procesal muy importante en el SIPDH. Es asumido por la CIDH quien tiene que ponerse “*a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos*”<sup>21</sup>.

Es un medio de composición que soluciona conflictos, que termina el proceso anticipadamente, que realizan el Estado denunciado y las víctimas de las violaciones de derechos humanos, con la mediación de la CIDH, quien tiene por deber propiciar acuerdos sobre la responsabilidad internacional por violación de derechos humanos y la correspondiente reparación, para lo cual, cómo no, se debe contar con el consentimiento de ambas partes.

---

<sup>17</sup> FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos sustanciales y procesales. 3ª Ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, pp. 472-484.

<sup>18</sup> Para ello debe contar con la mayoría calificada de la Comisión (Art. 51.3).

<sup>19</sup> Arts. 50 y 51 CADH. Sin duda alguna estas disposiciones resultan ambiguas y poco precisas, pero así funcionada el SIPDH aunque con ciertos traumatismos, cuyo análisis desborda el objeto de esta investigación.

<sup>20</sup> Caballero Delgado y Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 67.

<sup>21</sup> Art. 48.1 d) CADH.

El acuerdo logrado no puede ser de cualquier tipo, puesto que en él debe “*destacar el respeto por la tutela de los derechos humanos y la eficacia de los compromisos adquiridos en esta materia*”<sup>22</sup>, por lo cual una mera indemnización pecuniaria no satisfaría los intereses de la CADH.

No es necesario que en todos los casos se intente realizar, dado que en algunos puede omitirse siempre que la CIDH justifique tal decisión, puesto que “*debe intentarse sólo cuando las circunstancias de una controversia determinen la necesidad o la conveniencia de utilizar este instrumento, sujetos a la apreciación de la Comisión*”<sup>23</sup>. Al no ser obligatoria para la CIDH, la solución amistosa tampoco lo es para las partes, quienes pueden decidir no solicitar su realización<sup>24</sup>.

Es importante recordar que pronunciamientos de la CIDH<sup>25</sup> y la misma jurisprudencia de la CORIDH<sup>26</sup>, han cerrado la posibilidad de que se llegue a soluciones amistosas en las violaciones más graves de los derechos humanos tales como desaparición forzada de personas, detenciones arbitrarias, ejecuciones sumarias y ciertas violaciones de garantías judiciales.

Se debe resaltar que la oportunidad para plantear la solución amistosa no se agota al terminar el trámite ante la CIDH, pues en cualquier momento del proceso que se adelante ante la CORIDH las partes pueden comunicarle, de manera conjunta, la existencia de aquella<sup>27</sup>, con lo que el tribunal podrá declarar terminado el asunto.

### **3.2. El procedimiento ante la CORIDH**

La CORIDH tiene fundamentalmente tres funciones a su cargo: a) atender consultas que eleven los Estados o los órganos de la OEA, sobre la interpretación de, entre otros instrumentos, la CADH; b) dictar medidas provisionales para la protección de las personas en casos de extrema

---

<sup>22</sup> Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez. Caso Gutiérrez Soler. Sentencia del 9 de septiembre de 2005, párr. 8)

<sup>23</sup> Caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia de 21 enero de 1994 (Excepciones Preliminares), párr. 26.

<sup>24</sup> FAÚNDEZ LEDESMA. Op. Cit., p. 437.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, p. 443.

<sup>26</sup> BARBOSA, Francisco. Op. Cit., p. 152.

<sup>27</sup> Esto se ha establecido a través de los reglamentos de la CORIDH.

urgencia y gravedad; c) resolver litigios sobre las violaciones a los derechos humanos previstos en la CADH y otros instrumentos, en casos que sean presentados por la CIDH u otro Estado<sup>28</sup>.

### 3.2.1. La presentación del caso por parte de la CIDH

Más arriba se señaló que al no satisfacer el Estado las proposiciones formuladas por la CIDH en el informe del artículo 50 de la CADH, aquella podía presentar el caso para que la CORIDH decida sobre la responsabilidad internacional del Estado o continuar conociéndolo hasta emitir el informe final del artículo 51. En este momento surge una pregunta importante ¿Qué requisitos o características debe revestir un caso para que la CIDH decida presentarlo ante la CORIDH y declinar la elaboración del mencionado informe final? Del texto de la CADH no se desprenden ideas que permitan dilucidar este interrogante; y fue precisamente este silencio lo que llevó a la CIDH a sostener que ella tenía absoluta discrecionalidad para tomar esta decisión. Ante esta situación y con el fin de dar seguridad jurídica al SIPDH y de rodear de juridicidad a una decisión tan importante como esta, la CORIDH estableció unas reglas a tener en cuenta para la presentación de los casos.<sup>29</sup>

Sin embargo, la anterior situación vino a ser regulada, en desarrollo de esa discrecionalidad prevista en la CADH, por el reglamento de la CIDH de 2000<sup>30</sup>, en cuyo artículo 44 se enunciaron como elementos para la obtención de justicia en cada caso particular: a) la posición del peticionario; b) la naturaleza y gravedad de la violación; c) la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; d) el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros, y e) la calidad de la prueba disponible; en donde el peticionario puede expresar las razones para que la CIDH envíe el caso a la CORIDH.<sup>31</sup>

### 3.2.2. |

La CADH, al contrario de la CIDH, regula muy poco las etapas del procedimiento ante la CORIDH, dejando, por tanto, en virtud de su artículo 60, dicha labor para que se haga a través

---

<sup>28</sup> CARMONA TINOCO, Jorge. Evolución y perspectivas de la participación de los Estados en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: BECERRA, Manuel (Coord.). La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. México, D.F., 2007. p. 6.

<sup>29</sup> Francisco Barbosa los recuerda: a) que las circunstancias del caso bajo estudio no hayan sido objeto de pronunciamiento anterior por parte de la CORIDH; b) que las decisiones judiciales con las que los Estados internamente terminaron los procesos sean controvertidas; c) que la CIDH no pueda llegar a una decisión unánime sobre cuestiones relevantes, o d) que el tema sea de interés para el continente. Ver BARBOSA, Francisco. Op. Cit., p.162.

<sup>30</sup> Aprobado por la Comisión en su 109° período extraordinario de sesiones, que concluyó el 8 de diciembre de 2000, en vigor desde el 1 de mayo de 2001

<sup>31</sup> Art. 43.3 Reglamento CIDH.

de su Estatuto<sup>32</sup> y su reglamento. Desde su creación la CORIDH ha expedido cinco reglamentos: 1980<sup>33</sup>, 1991<sup>34</sup>, 1996<sup>35</sup>, 2000<sup>36</sup> -modificado parcialmente en 2003<sup>37</sup>- en 2009<sup>38</sup>. Para el desarrollo de esta investigación, se reitera, se tendrá como base el Reglamento de 2000 con las modificaciones de 2003, pues bajo su vigencia se expidió el mayor número de sentencias contra Colombia<sup>39</sup>.

Puede decirse que son tres etapas, en que se divide el procedimiento ante la CORIDH:

3.2.2.1. La de establecimiento del litigio: comprende la presentación de la demanda, su admisión y la correspondiente contestación por el Estado demandado, el planteamiento de excepciones preliminares y la presentación del escrito de los representantes de las víctimas.

La demanda debe cumplir con unos requisitos formales: se deben enunciar las pretensiones; relatar los hechos; anexar las resoluciones de la CIDH y las pruebas que se piden y allegan; y alegar los derechos presuntamente violados y la exposición de los fundamentos de derecho; así como la identificación de los agentes de la CIDH y el de los representantes de las presuntas víctimas. Después de su presentación no se pueden alegar hechos distintos a los allí planteados, salvo que se trate de supervinientes u otros que busquen explicar, aclarar o desestimar los primeros<sup>40</sup>. Por otra parte, la CORIDH puede analizar las posibles violaciones de otros derechos que no se incluyan en la demanda.

---

<sup>32</sup> Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

<sup>33</sup> Aprobado por la CORIDH en su III Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 30 de junio al 9 de agosto de 1980.

<sup>34</sup> Aprobado por la CORIDH en su XXI Período Ordinario de Sesiones celebrado del 9 al 18 de enero de 1991, que entró en vigor el 1 de agosto de aquel año.

<sup>35</sup> Aprobado por la CORIDH en su XXXIV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996, que entró a regir desde el 1 de enero de 1997.

<sup>36</sup> Aprobado por la CORIDH en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000, que entraría en vigor el 1 de junio del año siguiente.

<sup>37</sup> Reforma establecida por la CORIDH en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, que entró a regir desde el 1 de enero de 2004.

<sup>38</sup> Reforma realizada por la CORIDH en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009, que comenzó a aplicarse el 29 de enero de 2009.

<sup>39</sup> En total fueron 7 sentencias: Gutiérrez Soler, Masacre de Mapiripán, Masacre de Pueblo Bello, Masacres de Ituango, Escué Zapata, Valle Jaramillo y la Masacre de la Rochela. Caballero Delgado y Santana se dictó con el reglamento de 1991; Las Palmeras y Los 19 Comerciantes con el de 1996; y Cepeda Cargas con el de 2009.

<sup>40</sup> Caso de la Masacre de Mapiripán. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 57.

Admitida la demanda por la CORIDH, igual su notificación a, entre otros, el Estado demandado y los representantes de las presuntas víctimas. Surtida esta etapa procesal, empieza el ejercicio del derecho de contradicción por parte del Estado que se demanda. La contestación de la demanda tiene relevancia en cuanto marca los derroteros por los que se desarrollará la defensa del Estado a lo largo del proceso pues, según el principio de *Estoppel*<sup>41</sup>, aquel no puede adoptar, posteriormente, otras posiciones.

Además, desde el reglamento de 2000, las excepciones preliminares solo se pueden presentar en el escrito de contestación de la demanda<sup>42</sup>; y son ellas el primer mecanismo de defensa con el que cuenta el Estado y con las que se busca impedir a la CORIDH pronunciarse sobre el fondo de la controversia, debido a su falta de competencia<sup>43</sup>, por extinción de la acción, o por faltar algún trámite previo o de un requisito esencial.

Estudiar y entender las excepciones preliminares que pueden plantear los estados demandados resulta, en principio difícil, puesto que, al ser innominadas y no existir un catálogo taxativo de ellas, éstos han sido bastante creativos a la hora de plantearlas, muchas veces sin orden y seriedad. En estas lides, tal vez sea FAÚNDEZ LEDESMA quien mejor ofrece una clasificación de tan importante mecanismo de defensa. Este profesor propone tres clasificaciones diferentes de excepciones preliminares: la primera atiende al *efecto definitivo o temporal que se busque* al plantearlas, puesto que unas al prosperar terminan el procedimiento contencioso -como la cosa juzgada- otras solo impiden el conocimiento del caso de manera temporal -como cuando se alega la falta de agotamiento de recursos internos- pues, aun de prosperar, la CORIDH podría revisar posteriormente el caso si vuelve a ser presentado por la CIDH; la segunda toma en cuenta si con ellas se *abarca toda la demanda o solo una parte de ella*, y hace referencia a que la CORIDH puede estar facultada solo para conocer de ciertos hechos o derechos alegados dentro de aquella; y la última, se refiere a la *controversia sobre la competencia de la CORIDH o la admisibilidad de la demanda*, y prosperará, en el primer caso, si se prueba que el derecho cuya violación se alega, no es de los que la CORIDH puede interpretar, conocer y juzgar conforme a la CADH o instrumentos similares con cláusulas que le otorgan dichas funciones, o

---

<sup>41</sup> Con este principio un Estado no puede asumir una posición contradictoria que cambie la base sobre la cual se guió la contraparte. Ver Caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú. Sentencia de 4 de Marzo de 2011, párr. 112.

<sup>42</sup> Artículo 36 de aquel cuerpo normativo.

<sup>43</sup> La CORIDH solo puede conocer de violaciones de derechos humanos establecidos en la CADH o en otros instrumentos que le otorguen competencia a través de una convención especial, (ej: Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas), después del reconocimiento de competencia, dentro de su jurisdicción y sobre cualquier persona sin importar su nacionalidad.

porque la presunta vulneración de derechos humanos ocurrió con anterioridad al reconocimiento de competencia contenciosa de la CORIDH, o por haber ocurrido por fuera de la jurisdicción del Estado demandado, o por la falta de interés del Estado que presentó el caso ante la CORIDH; y en el segundo, cuando el Estado demandado demuestre el defecto de la demanda, la prescripción de la acción, o la omisión de ciertos actos procesales en el procedimiento ante la CIDH.<sup>44</sup>

#### 3.2.2.2. La Fase Oral

Planteada la demanda, la defensa del Estado y el escrito de los representantes de las presuntas víctimas; se suceden una serie de audiencias orales en que se resuelven, de haberlas, las excepciones preliminares; se practican las pruebas y se desarrolla el contradictorio entre las partes procesales, que termina con la presentación de los alegatos finales, de manera oral y escrita, por cada una.

#### 3.2.2.3. La Sentencia

Finalizados estos trámites entra la CORIDH a dictar sentencia sobre el caso. Debe señalarse que hay cuatro tipos de sentencias: una que decide las excepciones preliminares; otra en que se decide el asunto de fondo declarando o no la responsabilidad internacional del Estado – sobre la que se puede llegar a emitir una nueva de interpretación-; y la última, en que se fijan las reparaciones por los perjuicios materiales o morales causados con la violación de derechos humanos<sup>45</sup>. Estas sentencias puede coincidir o no, en un mismo escrito.

#### 3.2.3. Los derechos procesales de las presuntas víctimas, familiares o sus representantes.

Desde el Reglamento de 1996 a las víctimas o sus representantes se les han otorgado importantes prerrogativas en el campo procesal y probatorio. En aquella ocasión se les reconoció “*la facultad de presentar, en forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones*”<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> FAÚNDEZ LEDESMA. Op. Cit., pp. 635-650.

<sup>45</sup> Las cuales, como anunciamos, no se incluyeron en la investigación realizada. Solo debemos advertir que tales perjuicios deben probarse.

<sup>46</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio. El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. En: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. N°. 30-31 (Jun-2001); p. 50. Anteriormente, con el vacío de los reglamentos, estas personas solo podían actuar como asistentes de la CIDH la cual presentaba como propias, las alegaciones de aquellas.

Sin embargo, solo sería hasta el Reglamento de 2000 en que se reconocería un *locus standi in iudicio*, esto es, la posibilidad de participar en todas las etapas del procedimiento en la CORIDH. Ahora las víctimas, sus familiares o sus representantes pueden presentar un escrito de solicitudes, argumentos y pruebas frente a la demanda de la CIDH, el cual no constituye una nueva demanda, puesto que no pueden alegar hechos distintos a los mencionados en la demanda, pero pueden presentar unos que permitan explicar, aclarar o desestimar los expresados por la CIDH; y podrán alegar violaciones a derechos diferentes a los presentados por esta última, siempre que se deriven de los hechos contenidos en la demanda.<sup>47</sup> Así mismo, durante las audiencias pueden usar la palabra para la presentación de sus argumentos y pruebas.<sup>48</sup>

3.2.4. El reconocimiento internacional de responsabilidad o allanamiento del Estado demandado.

Una de las posiciones que puede adoptar el Estado ante la demanda de la CIDH es reconocer su responsabilidad internacional, y si bien el reglamento solo prevé que esto se pueda hacer frente a las pretensiones de la parte demandante y de las víctimas, lo cierto es que es válido hacerlo frente a los hechos, frente a las reparaciones y costas, de manera parcial o total, por lo que en cada caso el Estado debe manifestar el alcance y límites de dicha aceptación.

Así mismo, no está establecido ningún momento procesal para manifestar el allanamiento por lo que se puede hacer en la contestación de la demanda, durante cualquier audiencia o al exponer los alegatos finales, es decir, hasta antes de que se dicte sentencia.

Debido a la multiplicidad de opciones que de este punto se derivan, de presentarse un allanamiento, la CORIDH debe establecer frente a los hechos y las pretensiones, los alcances del reconocimiento efectuado y la extensión de la controversia subsistente<sup>49</sup>, teniendo que establecer si con él se “*ofrece una base suficiente, en los términos de la Convención*

---

<sup>47</sup> Caso Manuel Cepeda Vargas, párr. 49; Caso de la Comunidad Moiwana. Sentencia de 15 de julio de 2005, párr. 91.

<sup>48</sup> Acertada resulta la afirmación de Antônio Cançado cuando señala que la CORIDH al otorgar esta clase de facultades procesales “[a]sume en definitiva la posición de vanguardia en la protección de vanguardia en la protección internacional de los derechos humanos en nuestro hemisferio”, pero no por ello se puede concluir, como lo hace el maestro brasileño, que el ser humano es la “verdadera parte demandante en las etapas de los procedimientos bajo la Convención Americana de Derechos Humanos”, precisamente a todas las limitaciones señaladas por este tribunal a dichas prerrogativas. CANÇADO TRINDADE. Op. Cit., p. 62.

<sup>49</sup> ROMERO PÉREZ, Xiomara. El reconocimiento parcial de la responsabilidad del Estado colombiano en el sistema interamericano de derechos humanos: casos Mapiripán, Ituango y La Rochela. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen IX, (2009), p. 240.

*Americana, para continuar con el proceso o no*<sup>50</sup>, ya que de ser insuficiente no es posible atender el reglamento que establece la terminación anticipada del proceso; caso en el cual el proceso proseguirá a fin de resolver lo no comprendido en éste.

#### **4. EL RÉGIMEN PROBATORIO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

La CORIDH, en sus sentencias, suele ser insistente en señalar que el régimen probatorio que regula la práctica, contradicción y valoración de los medios de convicción necesarios para establecer la violación de derechos humanos, no tiene ni las características ni formalidades que se encuentran en los derechos internos de los Estados; y que como tribunal internacional tiene que valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, junto con las reglas de la lógica y en la experiencia, siéndole ajena la tarifa legal.<sup>51</sup> De acuerdo con esto las modificaciones más relevantes que, respecto del derecho interno, sufren algunas categorías del derecho probatorio frente a la CORIDH son:

##### **4.1. El Objeto de Prueba**

Al igual que en los procesos internos, constituye objeto de prueba *“todo aquello que, siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (...) es decir (...) hechos presentes, pasados o futuros, y los que pueden asimilarse”*<sup>52</sup>, para llevar al conocimiento del juez los hechos que violen los derechos humanos previstos en la CADH y demás instrumentos, que desconozcan además las obligaciones de respeto y garantía asumidos por los estados partes, a fin de declarar la responsabilidad internacional de aquellos.

---

<sup>50</sup> Caso Masacre de Mapiripán, párr. 65; Caso Cepeda Vargas, párr. 17.

<sup>51</sup> Caso de la Masacre de Mapiripán, párr. 73; Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004, párr. 65; Caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de Septiembre de 2005, párr. 39; Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 63; Caso de las Masacres de Ituango. Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 108; Caso Escué Zapata. Sentencia de 4 de julio de 2007; párr. 22; Caso de la Masacre de La Rochela. Sentencia de 11 de Mayo de 2007, párr. 55; Caso Valle Jaramillo y otros. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 49; Caso Manuel Cepeda Vargas. Sentencia de 26 de Mayo de 2010, párr. 53. En este punto el profesor Fix-Zamudio señala que En el plano internacional *“se han aplicado los principios establecidos por los códigos procesales nacionales, pero con aspectos peculiares con los tribunales supranacionales, que si bien no se han apartado de los principios generales de la teoría o doctrina del proceso... sí han requerido una atención específica [por parte] de la doctrina, pero especialmente la jurisprudencia”* Ver FIX-ZAMUDIO, Héctor. Orden y valoración de la pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Memoria del Seminario, (2003), p. 198.

<sup>52</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial Tomo I. 5° Ed., Víctor P. De Zavalía, Buenos Aires, 1981, p. 155.

Por ser la CORIDH un tribunal internacional se deben probar las normas jurídicas internas que se aleguen debido a que “*las leyes internas son meramente hechos que expresan la voluntad de los estados y constituyen su actividad en forma similar a las decisiones legales o a las administrativas*”<sup>53</sup>; frente a las normas jurídicas de derecho internacional no requieren dicha obligación debido al principio *iura novit curia* y al artículo 102 de la Carta de la ONU<sup>54</sup>, salvo la costumbre internacional.

#### **4.2. La Carga de la Prueba**

En el proceso contencioso ante la CORIDH corresponde probar los hechos a quien los afirma; sin embargo, este principio de derecho procesal no es tan estricto como se presenta en el ámbito nacional. El Estado como principal garante, en ejercicio de soberanía sobre su territorio debe brindar todos los mecanismos necesarios para la recaudación y práctica de las pruebas<sup>55</sup> a fin de contribuir al establecimiento de un hecho, aunque él no haya sido quien lo alegó<sup>56</sup>. Lo anterior se refleja dentro del proceso debido a que “*(...) la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas*”<sup>57</sup>.

Un aspecto que denota el carácter poco dispositivo del procedimiento surtido ante la CORIDH lo constituyen las facultades que tiene para decretar pruebas de oficio o llamadas también ‘para mejor resolver’; que, como enseña la experiencia de la Corte Internacional de justicia, tienen el deber de “*tomar la iniciativa de traer al proceso las pruebas que considere pertinentes si estima que las existentes no son suficientes para cumplir sus finalidades*”<sup>58</sup>; reguladas por la misma CORIDH en sus reglamentos.

#### **4.3. Los Medios de Prueba**

No existe una regulación rigurosa de los diferentes medios para llevar a la convicción de un hecho a los jueces de la CORIDH; porque los diferentes reglamentos ofrecen un tratamiento

---

<sup>53</sup> ABREU BURELLI, Alirio. La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, Memoria del Seminario, (2003), p. 115.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Sobre este punto la CORIDH ha dicho que “*Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio. La Comisión, aunque tiene facultades para realizar investigaciones, en la práctica depende, para poder efectuarlas dentro de la jurisdicción del Estado, de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno.*” Ver Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr.136.

<sup>56</sup> ABREU BURELLI. Op. Cit., p.123.

<sup>57</sup> Caso Velásquez Rodríguez, párr. 135.

<sup>58</sup> ABREU BURELLI. Op. Cit., p.114.

indirecto de ellos y solo frente a algunos, aportan un procedimiento para su ofrecimiento y desahogo; dándose así un desarrollo particularmente jurisprudencial.

#### a) El Testimonio

Los testigos pueden rendir su declaración en el proceso ante la CORIDH de dos formas: frente a ella de manera directa en audiencia pública en la sede del tribunal<sup>59</sup> o ante fedatario público<sup>60</sup>. De esta manera es ella quien decide cómo se rinde el testimonio, señalando su objeto; y en el segundo caso dando traslado a las partes para que, en ejercicio del derecho de contradicción, presenten sus observaciones.

Es necesario señalar que la CORIDH ha admitido declaraciones que solo son autenticadas y no rendidas ante fedatarios públicos, siempre que con ellos la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes no se afecten<sup>61</sup>. Lo que demuestra el carácter poco *formalista* de la CORIDH<sup>62</sup>.

En caso de renuencia del testigo a comparecer al proceso, la CORIDH no tiene facultades para ordenar su conducción, ni sancionar mediante multa o arresto tal conducta; los que sí pueden requerir la citación para su comparecencia al juicio son los jueces nacionales, dependiendo, de este modo, ella de los estados<sup>63</sup>.

#### b) La Pericia

Tradicionalmente se suele enseñar que esta prueba se utiliza cuando en el proceso se requieren conocimientos especializados para entender y comprender un hecho o situación que tiene cierta especialidad técnica, científica o artística<sup>64</sup>; y sirve para probar el daño<sup>65</sup>. Sin embargo, al revisar las sentencias de la CORIDH el lector se encuentra que además este medio

---

<sup>59</sup> Excepcionalmente la CORIDH ha admitido la práctica del interrogatorio por fuera de su sede; así, en el caso Caballero Delgado y Santana (párrafo 16), debido a los quebrantos de salud de una testigo, delegó en el emérito profesor Bernardo Gaitán Mahecha la dirección de aquel.

<sup>60</sup> En Colombia, según el Decreto 2163 de 1970 los notarios son los encargados de garantizar la fe pública.

<sup>61</sup> Caso de la Masacre de Mapiripán, párrs. 82 y 83.

<sup>62</sup> Sobre este punto ha señalado que *“el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y está no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de formalidad y razonabilidad, ciertas omisiones y retrasos en la observancia de procedimientos, pueden ser dispensados si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica”* Ver Caso Cayara Vs. Perú- Sentencia de 3 de febrero de 1993, párr. 42. (Excepciones Preliminares)

<sup>63</sup> FAÚNDEZ LEDESMA. Op. Cit., p. 743.

<sup>64</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. 15° Ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2006, p. 627.

<sup>65</sup> Lo cual, reiteramos, no fue objeto de la investigación desarrollada.

de prueba se utiliza para explicar el contexto social, económico y político que rodearon la comisión de los hechos que se investigan, y comprenden estadísticas, entrevistas, remisiones a periódicos, etc.

Los peritazgos también se pueden rendir en audiencia pública o ante fedatario público, previo señalamiento de su objeto por parte de la CORIDH para ser sometidos a contradicción y los peritos a recusación.

#### c) El documento

Se puede utilizar toda clase de documentos para determinar cómo sucedieron los hechos alegados por la CIDH, el Estado demandado o las víctimas, sin importar si son públicos o privados, o si constan en forma escrita, grabada, en forma visual o sonora. Lo relevante para ser admitidos y poder tener eficacia probatoria es establecer la fuente de la que emanan, y el procedimiento por medio del cual fueron obtenidos.<sup>66</sup>

Un proceso ante la CORIDH puede contener una gran diversidad de pruebas documentales: leyes internas, expedientes judiciales y decisiones jurisdiccionales, libros, contratos, informes elaborados por organismos internacionales, por órganos internos u organizaciones no gubernamentales, periódicos, entre otros. Los periódicos y documentos de prensa pueden ser utilizados para llegar al conocimiento de un hecho; ya que pese a no ser prueba documental, la CORIDH reconoce que pueden ser considerados “*cuando recojan hechos públicos o notorios o declaraciones de funcionarios del Estado, o corroboren lo establecido en otros documentos o testimonios recibidos en el proceso, se podrán apreciar*”<sup>67</sup>.

#### d) La inspección judicial

Corresponde a la “*verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso, que hace el juez de personas, lugares, cosas o documentos*”<sup>68</sup>. Este medio de convicción nunca ha sido utilizado ante la CORIDH. Si bien en el Caso Caballero Delgado y Santana, la CIDH solicitó una inspección judicial para posiblemente identificar los restos de Isidro Caballero, esta fue llevada a cabo por la Fiscalía colombiana sin la participación de la CORIDH o la CIDH, con lo que esta última objetó el informe presentado de dicha diligencia.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Caso de la Masacre de Mapiripán, párr. 91.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, párr. 79 y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, párr. 74; Caso Cepeda Vargas, párr. 60.

<sup>68</sup> PARRA QUIJANO. *Op. Cit.* p. 615.

<sup>69</sup> Párr. 27

e) Los indicios y presunciones

El indicio parte de un *“hecho conocido (...) del cual se infiere, por sí solo o juntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales”*<sup>70</sup> y la presunción como *“juicio lógico del juez [y nadie más en el SIPDH], en virtud del cual se considera como (...) probable un hecho (...) con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”*<sup>71</sup>; son de gran importancia para el SIPDH y de utilidad para la CORIDH a la hora de determinar la responsabilidad internacional de los estados en casos que, como los colombianos, consisten en masacres, desaparición de personas, asesinatos y torturas<sup>72</sup> donde los perpetradores se suelen encargan de eliminar todas las posibles pruebas directas, a fin de dificultar el establecimiento de los hechos y su identificación personal. La CORIDH ha reconocido esta situación y señala que ella *“(...) puede, en determinadas circunstancias, utilizar tanto las pruebas circunstanciales como los indicios o las presunciones como base de sus pronunciamientos, cuando de aquéllas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”*<sup>73</sup>.

#### 4.4. La Valoración de la Prueba

En el SIPDH, en general, y en el proceso contencioso ante la CORIDH, en particular, se rechaza el sistema de tasación de pruebas o tarifa legal, como aquel en donde *“el legislador salda el valor de la prueba”*<sup>74</sup>, y el de la prueba libre o de la libre convicción, acogiendo el sistema de prueba racional o de la sana crítica<sup>75</sup>.

La Corte Internacional de Justicia se manifestó sobre este aspecto al expresar que *“la justicia internacional en su desarrollo flexible y empírico rechaza el exclusivo sistema de pruebas*

---

<sup>70</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial T. II. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2000, p.269.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, p. 304.

<sup>72</sup> FIX-ZAMUDIO. Op. Cit., p. 212.

<sup>73</sup> Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 49; Caso Cepeda Vargas, párr. 66.

<sup>74</sup> PARRA QUIJANO. Op. Cit., p. 229. Necesariamente al trabajar con derecho internacional la referencia al legislador sería equívoca, debiendo señalarse en cambio a los “estados partes” que crean tratados internacionales.

<sup>75</sup> FIX-ZAMUDIO. Op. Cit., p. 202. El ex-presidente de la CORIDH reconoce que esta tripartición de los sistemas de valoración no es aceptada por la doctrina en general, pero la acoge para dar más claridad; por lo que hacemos nuestras dichas apreciaciones.

*legales que imponen al juez una conducta restrictiva (...) en la prohibición de determinadas pruebas*".<sup>76</sup>

Por tanto, la CORIDH al determinar o no la responsabilidad internacional de los Estados por la violación de los derechos humanos, debe fundamentar y explicar aquellos criterios extraídos de la sana crítica, la lógica y la experiencia con los cuales estableció los hechos, para legitimarse dentro del SIPDH. Dichos criterios limitantes en su actividad jurisdiccional, permiten así un control racional por parte de los interesados en el correcto funcionamiento del SIPDH. Esto es importante debido a que la CORIDH suele admitir testimonios, documentos, y pericias a los que *prima facie* no les otorga el valor de plena prueba, pero sí aprecia su contenido en conjunto y racionalmente con el acervo probatorio<sup>77</sup>.

En este punto surge la pregunta más relevante: ¿Qué conocimiento sobre los hechos debe establecer la CORIDH para determinar la responsabilidad internacional de un estado por violación de derechos humanos?

Los códigos procesales nacionales suelen establecer la necesidad de tener certeza o llegar a conocimiento más allá de toda duda para condenar penal y disciplinariamente<sup>78</sup> de acuerdo con las exigencias impuestas por la dogmática jurídico-penal y disciplinaria de cada país, debido a las fuertes restricciones del derecho a la libertad y a los derechos políticos. En el mismo sentido se han establecido beneficios a favor de los procesados como: el *indubio pro reo*, el *indubio pro disciplinado* y la presunción de inocencia, que se erigen como talanqueras de la intervención estatal frente a los individuos y se justifican en la debilidad manifiesta en la que se encuentran aquellos respecto al Estado sancionador.

Sin embargo, al mirar al derecho internacional de los derechos humanos, la panorámica descrita en el párrafo anterior se muestra como extraña, pues en él no se busca sancionar delitos ni ilícitos disciplinarios que generen violaciones a derechos humanos “*sino amparar a las*

---

<sup>76</sup> ABREU BURELLI. Op. Cit., p. 114.

<sup>77</sup> FAÚNDEZ LEDESMA. Op. Cit., p. 764.

<sup>78</sup> Así, en Colombia el Código de Procedimiento Penal del 2000, en su artículo 232 inciso 2°, establece que se debe contar con “certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”, y el del 2004, en su artículo 7° inciso 4°, consagra que para condenar “deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (subrayas añadidas); en el mismo sentido para sancionar disciplinariamente se requiere “certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado.” (artículo 142 Código Disciplinario Único).

*víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones*<sup>79</sup>; lo cual deben tener presente cada una de las partes.

Por lo anterior concluye el longevo profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio, que para condenar a los estados no se requiere un conocimiento seguro y claro de los hechos pues *“es suficiente que se pruebe la veracidad y verosimilitud de los hechos violatorios que se atribuyen a la conducta de los agentes del Estado demandado, o de las personas que operen con el apoyo expreso o tácito de dichos agentes”*<sup>80</sup>, es decir que después del debate probatorio, los jueces de la CORIDH deben tener una firme adhesión en su mente de los hechos.

## **5. DESCRIPCIÓN DE LOS ERRORES DEL ESTADO COLOMBIANO EN LOS CASOS FALLADOS POR LA CORTE INTERAMERICANA**

Para desarrollar el objetivo principal de esta investigación se llevó a cabo un análisis desde el punto de vista probatorio de las sentencias emitidas por la CORIDH en los once casos contenciosos en los que el Estado colombiano ha sido demandado por la CIDH. Se procuró, en lo posible, no hacer un análisis sustancial frente a las violaciones de cada uno de los derechos sobre los que versaron las controversias.

Para la presentación de los errores probatorios en los que incurrió Colombia se procedió a clasificarlas en dos categorías, a fin de realizar una mejor exposición que permita un correcto entendimiento: los errores derivados del desconocimiento del régimen sustancial y procesal en el SIPDH y ante la CORIDH; y los errores probatorios en sentido estricto, surgidos del desconocimiento del régimen probatorio utilizado por la CORIDH como tribunal internacional de derechos humanos para cumplir su rol dentro del SIPDH.

### **5. 1. Errores derivados del desconocimiento de los regímenes sustancial y procesal**

#### **5.1.1. Desnaturalización del objeto de prueba por el desconocimiento del régimen de responsabilidad en el SIPDH**

Este problema se produjo en tanto que la defensa sostuvo que para predicar la responsabilidad internacional de los estados en el SIPDH se requería, como en los tribunales internos, que las

---

<sup>79</sup> FIX-ZAMUDIO. Op. Cit., p. 211. Esto ya fue advertido al estudiar los elementos de la responsabilidad internacional en el SIPDH.

<sup>80</sup> *Ibíd.*, p. 212.

conductas que terminen en violaciones de derechos humanos fueran cometidas por los agentes estatales, determinando, primero, su responsabilidad individual.

Así, en la masacre de Mapiripán, la defensa del Estado colombiano afirmó que no se le podía endilgar responsabilidad internacional debido a que los hechos que eran investigados y juzgados por la CORIDH habían sido cometidos por particulares (paramilitares) que no tenían vinculación alguna con él. Esto, como se vio, desconoce flagrantemente los pronunciamientos hechos por la CORIDH, que con anterioridad estableció la responsabilidad estatal de hechos cometidos por particulares, debido al carácter *erga omnes* que se deriva de la aplicación del artículo 1.1 de la CADH.

Pero es en el caso de la masacre de Pueblo Bello donde se ven las consecuencias más nefastas de éste desconocimiento, puesto que el agente del Estado colombiano, debido a su formación jurídico-penal con un enfoque normativista radical, planteó una defensa total del caso (no se hizo ningún reconocimiento de responsabilidad) señalando que:

***“Para saber si el Estado ha infringido sus deberes convencionales es de lógica jurídica establecer la imputación personal al agente [lo cual implica que para poder imputar algún tipo de responsabilidad a los militares garantes [se debe probar] que el sujeto haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, primer elemento de la denominada teoría de la imputación objetiva, ampliamente reconocida en la dogmática penal”<sup>81</sup>.***

Esta defensa desconoce totalmente el régimen sustancial del SIPDH y la naturaleza de la CORIDH: el primero no sanciona a las personas sino al Estado y el segundo no es un tribunal penal sino uno de derechos humanos; sin embargo, este error se extendió mucho más, pues la defensa pretendió aplicar la imputación objetiva a los Estados mismos al señalar que la determinación de responsabilidad internacional se debe hacer a través de “*estructuras cerradas de imputación que subyacen al contenido obligatorio de la Convención*”, la cual está ligada “*de forma más exacta, condicionada, a la constatación de la infracción concreta del deber y no simplemente a la afirmación de ese deber.*”<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 121.

<sup>82</sup> *Ibíd.*, párr. 115

La desnaturalización se materializó en cuanto la defensa aportó pruebas y ejerció la contradicción de las existentes a fin de demostrar la no responsabilidad penal de agentes del Estado y particulares a la luz de los postulados de la dogmática jurídico-penal elaborada por el funcionalismo radical, y al expresar que, en el caso de Mapiripán, las conductas fueron realizadas exclusivamente por particulares –cuando dentro de los hechos aceptados en el allanamiento se derivaba una clara aquiescencia y colaboración de agentes estatales en la perpetración de la masacre–, y no para negar la existencia de hechos configurativos de responsabilidad internacional. Es decir, la defensa no realizó un ejercicio probatorio apropiado, idóneo dentro del SIPDH, pues se probó o pretendió probar lo que no se tenía que probar.

### **5.1.2 Exclusión del estudio de las excepciones preliminares por parte de la CORIDH, ante el reconocimiento de responsabilidad internacional parcial**

En la contestación de la demanda por las masacres de Mapiripán e Ituango, la defensa del Estado colombiano planteó una excepción preliminar por falta de agotamiento de recursos internos, es decir, una de carácter temporal y que abarcaba toda la demanda, y así mismo expresó su reconocimiento parcial de responsabilidad<sup>83</sup>, aportando pruebas que soportan las primeras.

Sin embargo, el Estado no tuvo en cuenta que la naturaleza de estas dos figuras es excluyente, pues al manifestar el allanamiento se está haciendo un reconocimiento implícito de la competencia de la CORIDH, lo que la lleva a no tener a las excepciones preliminares como planteadas, y, por tanto, no se las estudia.

Lo anterior llevó a que el Estado colombiano perdiera la oportunidad de demostrar –para lo cual se requieren pruebas, que no pudieron ser introducidas al proceso– que existían razones por las cuales aquellos casos no debían ser conocidos por la CORIDH, lo cual reafirmaría el carácter subsidiario del SIPDH.

Debe advertirse que esto solo ocurre frente a las excepciones preliminares que atacan toda la competencia de la CORIDH o que se dirigen a excluir de su conocimiento toda la demanda o en caso de que el reconocimiento de responsabilidad internacional sea total. No pasa lo mismo cuando el ataque a la competencia o la demanda es parcial, siempre que el allanamiento,

---

<sup>83</sup> Caso de la Masacre de Mapiripán, párr.33 y Caso de las Masacres de Ituango, párr. 20.

también parcial, no toque asuntos comprendidos en la excepción preliminar, pues la contradicción sería ostensible.

El fenómeno aquí analizado no ha sido pasivo en la doctrina. Así, la profesora Xiomara Romero sostiene que la CORIDH debe pronunciarse sobre las excepciones preliminares aunque el Estado haya expresado su allanamiento parcial, puesto que como tribunal internacional tiene, principalmente, dos condiciones necesarias, pero que consideradas de forma independiente son insuficientes, para adquirir competencia: la existencia de una controversia por la posible vulneración de derechos humanos y la insuficiencia de los recursos internos para el juzgamiento de las conductas que generaron aquella.<sup>84</sup>

Pese a posiciones como la anterior, es criterio consolidado de la CORIDH el no estudiar las excepciones preliminares cuando conjuntamente se hace un reconocimiento de responsabilidad parcial, con las características anotadas, por lo que en vez de tratar de convencerla de tomar una decisión contraria, Colombia debe plantear las excepciones preliminares -que solo se puede hacer en la contestación de la demanda- y ejercer un debate probatorio que las lleve a prosperar, y solo en caso de que esto no ocurra debe proceder a manifestar su reconocimiento de responsabilidad, el cual no tiene, como se dijo, etapa procesal señalada para realizarse<sup>85</sup>; o por lo menos que plantee el allanamiento en subsidio de las excepciones.

### **5.1.3. Errores en el planteamiento de las excepciones preliminares**

En el caso de los 19 comerciantes el Estado colombiano fundamenta equivocadamente su excepción preliminar tendente a que se inadmita la demanda de la CIDH en razón de que aquella decidió someter el caso a la CORIDH el mismo día en que Colombia presentó las apreciaciones al primer informe de recomendaciones y observaciones, con lo que se manifiesta el desconocimiento del procedimiento que se debe llevar a cabo en las actuaciones frente a la Comisión. De esta manera, mediante una excepción preliminar la defensa plantea que la

---

<sup>84</sup> ROMERO PÉREZ, Xiomara. El reconocimiento parcial de la responsabilidad del Estado colombiano en el sistema interamericano de derechos humanos: casos Mapiripán, Ituango y La Rochela. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen IX, (2009), pp. 233-234.

<sup>85</sup> Lo último señalado debe ser bien entendido y utilizado por el Estado colombiano, pues en la masacre de la Rochela, si bien la defensa es consciente de que con el allanamiento manifestado renuncia a las excepciones preliminares, en la misma contestación expresa una petición cuya naturaleza es la de una excepción preliminar (párr. 17 y 46). El caso Cepeda Vargas es interesante pues el Estado tuvo un punto asertivo: expresó su reconocimiento de responsabilidad internacional subsidio de las excepciones preliminares –lo cual no riñe con lo aquí dicho–, aunque aquellas fueron planteadas deficientemente y no tuvieron el fin deseado, y en las que, además, se corrobora el desconocimiento de los regímenes sustancial y procesal, con consecuencias que no se manifestaron en el campo probatorio y por lo tanto aquí no se estudian a fondo.

Comisión no le da un tiempo prudencial para materializar las recomendaciones hechas en su informe, lo que desde el punto de vista del Estado constituye una evidente violación al debido proceso originada en una actuación de mala fe proveniente de la CIDH. Además de esto, el Estado alega en su excepción que la CIDH desconoce su buena fe en el propósito de cumplir con las recomendaciones a él dadas. Pese a lo anterior, es claro que ni en los artículos de la Convención, ni en los reglamentos de la CORIDH o de la CIDH, se establece un término que debe esperar la CIDH para someter el caso ante la Corte. Además, en relación con la actuación de mala fe de la CIDH que el Estado alega, este último comete un grave error probatorio porque no acredita la existencia de tal conducta. Con esto resultó desestimada la presunta vulneración del derecho al debido proceso, lo que probatoriamente implica un desgaste innecesario, y una oportunidad perdida para estructurar un litigio acorde con las exigencias y necesidades del SIPDH y la CADH.

#### **5.1.4. Aceptaciones de responsabilidad internacional mal hechas**

Colombia ha reconocido su responsabilidad internacional en ocho de sus casos contenciosos ante la CORIDH, que han sido parciales debido a que o solo se allana frente a una parte de los hechos afirmados por la CIDH o a unos derechos alegados como violados por la misma, de modo que deja subsistentes controversias sobre las cuales la CORIDH debe pronunciarse.

El caso Escué Zapata es tal vez en el que mejor se evidencia una adecuada utilización de esta figura jurídica. En efecto, la defensa realizó una actuación diligente ya que logró probar la no responsabilidad internacional por la presunta violación de los derechos que no fueron objeto de allanamiento, es decir, al hacer esta manifestación estuvo seguro de poder probar –como en efecto lo hizo– aquellos hechos de los cuales poseía sustento probatorio, y no intentó defender lo indefendible.

Pese a la anterior experiencia, tan diligente actuación no ha sido consistente. Así, en los casos de la Masacre de La Rochela y Valle Jaramillo, el Estado incurrió en sendos errores. En la primera de ellas el Estado colombiano aceptó su responsabilidad internacional *total* frente a la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, y frente a la violación de garantías judiciales y protección judicial realizó la misma manifestación *limitando* dicha responsabilidad puesto que consideraba que sus recursos internos, que estaban

inconclusos, aún podían condenar a los responsables de las acciones que se investigaban después de que la CORIDH emitiera su sentencia<sup>86</sup>.

En Valle Jaramillo, el Estado colombiano aceptó su responsabilidad *total* frente a lo alegado por la CIDH, en lo referente a derecho a la vida, derechos a la integridad personal y derecho a la libertad personal, pero al momento de delimitar este allanamiento olvidó o pasó por alto hacer referencia a la totalidad de los hechos contenidos en la demanda, que sustentaban la pretensión. Frente a estos, el Estado solo aceptó la omisión de protección al señor Valle Jaramillo –por ser un sujeto de especial protección, defensor de derechos humanos– y no la omisión del deber de investigación, también alegada por la CIDH.

Al analizar en conjunto la controversia que subsistió es claro que la defensa del Estado no tomó una buena decisión, pues probatoriamente no tuvo cómo defender su posición en tanto que los hechos que controvertió estaban íntimamente ligados con los que aceptó, de modo que no pudo aportar prueba alguna para sustentar su posición, lo que imposibilitó que actuara probatoriamente de manera eficaz.

#### **5.1.5. Violación al principio de estoppel**

El *principio de estoppel* consiste en la prohibición que se le hace a una parte para contradecirse, incluso lícitamente, respecto a lo que ella misma ha dicho o ha hecho creer a su contraparte dentro del proceso, y sobre la cual aquella se guió. En la masacre de Pueblo Bello el Estado transgrede dicha prohibición puesto que comienza alegando como excepción preliminar la falta de agotamiento de recursos internos, para luego renunciar a esta excepción, dando, por tanto, validez a todas las actuaciones de sus autoridades judiciales surtidas en los procedimientos internos, y solicitando que, por ser efectivos, se tuviesen en cuenta para la decisión de fondo; esto para posteriormente desestimar un testimonio que estaba tomando en cuenta la CORIDH al cual se le había dado pleno valor probatorio en un proceso que condenó a uno de los responsables de las muertes.

La consecuencia probatoria que tiene este error del Estado es que en virtud del *principio de estoppel* la actuación válida es la inicial, es decir que al momento de retirar las excepciones preliminares y calificar a sus recursos como efectivos no podía controvertir posteriormente y probar lo contrario en aspectos que resultaran en contra de sus intereses en el proceso, como

---

<sup>86</sup> Párr. 17.

resultó siendo, restando seriedad a su litigio y recepción a sus argumentos por parte de la CORIDH.

Y en el caso de la masacre de Mapiripán se observa una contradicción mayor. Como ya se dijo en él Colombia hizo un reconocimiento de responsabilidad internacional parcial: solo frente a algunos hechos, y a partir de ello edificó todo su ofrecimiento y contradicción de la prueba. Sin embargo, al expresar sus alegatos finales señaló que si bien había hecho su allanamiento en las condiciones descritas, de ello nada podía derivarse, pues como se advirtió más arriba, aquello fue cometido por particulares<sup>87</sup>; además de la desatención del régimen sustancial ya señalado, este *arrepentimiento* de la defensa era insostenible pues asumió cargas que eran imposibles de cumplir: hacer creer –la etapa probatoria ya había terminado– que los hechos que había aceptado habrían ocurrido de manera contraria.

#### **5.1.6. Desconocimiento del *locus standi in iudicio* de las presuntas víctimas**

Los cambios establecidos por el Reglamento de 2000 sobre las capacidades procesales de las presuntas víctimas y familiares, referidos más arriba, no fueron aceptados ni asimilados inicialmente por el Estado. En los casos de Gutiérrez Soler<sup>88</sup> y la masacre de Mapiripán el Estado no se pronunció de fondo frente a los escritos de solicitudes, argumentos y pruebas, desconociéndolos o limitando su alcance parapetándose de manera soberbia, como lo hizo en el segundo de ellos, en que aquel consistía en una demanda más, y que a la luz de las disposiciones de la CADH, era la CIDH la única que estaba facultada para presentar demanda, y que en caso de pronunciarse frente al referido escrito estaría contestando dos demandas, lo cual era una carga que no tenía convencionalmente que asumir, precisando, en el segundo caso, que su reconocimiento de responsabilidad se limitaba únicamente a los hechos señalados por la CIDH<sup>89</sup>.

Esta posición de *negación* selló la suerte de Colombia en estos procesos, puesto que en ambos casos reconoció su responsabilidad internacional de manera parcial, dejando subsistentes controversias en las que debatió sin escuchar los alegatos de los representantes de las víctimas, es decir, Colombia planteó una defensa sesgada y parcial en lo probatorio, lo cual dejó al Estado sin fundamentos frente a las valoraciones que la CORIDH hizo con las apreciaciones y argumentos de aquellos.

---

<sup>87</sup> Ver Caso de la Masacre de Mapiripán, Párr. 68.

<sup>88</sup> Ver Caso Gutiérrez Soler, Párrs. 52 a 58.

<sup>89</sup> Ver Caso de la Masacre de Mapiripán, Párrs. 53 a 55.

Escué Zapata es, además, el mejor ejemplo de en lo que puede terminar una defensa que respeta los derechos procesales de las víctimas, puesto que en aquel caso Colombia probó lo contrario a lo afirmado por los representantes de las víctimas y no fue condenada por la violación de los derechos que ellos alegaban<sup>90</sup>.

## **5.2. Errores estrictamente probatorios**

### **5.2.1. Deficiente contradicción de la prueba debido al formalismo jurídico**

Pese al carácter flexible del régimen probatorio utilizado por la CORIDH, en el que resultan extrañas las formalidades y los vericuetos propios de los derechos nacionales, el Estado colombiano en su dinámica probatoria ha asumido posiciones formalistas apegadas algunas veces a la letra de los reglamentos de la CORIDH, y otras que llevarían a una rigidez excesiva de la prueba.

En efecto, en el caso de los 19 comerciantes, la defensa colombiana objetó los testimonios de los familiares de las presuntas víctimas debido únicamente al interés directo que aquellas tenían en una resolución del caso favorable a sus intereses y en la alta carga emotiva inmersa en las declaraciones. El error del Estado en esta ocasión se fundamenta en que a la CORIDH no le importa el interés que tengan los familiares ni la carga sentimental de sus testimonios, siempre y cuando estos estén vinculados directamente con los hechos del caso, concepto que se reafirmó en la sentencia<sup>91</sup>. En este orden de ideas, una posición deseable y que es, además, acorde con la naturaleza de la CORIDH y su reglamento consiste en que Colombia al objetar o impugnar los testimonios de estas personas se fije en la coherencia que guarden frente a la totalidad del acervo probatorio, para así encontrar falencias o inconsistencias que se generen por dicho interés y emotividad.

---

<sup>90</sup> En síntesis, los representantes de las víctimas solicitaron que se declarara que el asesinato de Escué Zapata ocurrió dentro de un patrón de violencia contra los indígenas, y alegaron como violados sus derechos políticos, debido a que al parecer él era gobernador de su comunidad, a la propiedad privada por unos supuestos daños que causaron los militares en su vivienda y negocio al momento de su captura, y a la honra y dignidad por el allanamiento a dicho negocio. Sobre lo primero la CORIDH señaló que no había pruebas que referenciaran situaciones concretas relacionadas con hechos violentos contra el pueblo indígena de Escué Zapata al momento de su homicidio; además, el Estado allegó la lista de gobernadores indígenas de aquella comunidad desde 1970 hasta 2006, en donde él no figuraba, junto con el acta de posición del verdadero gobernador del Cabildo de Escué, con lo que quedó desvirtuada esta petición. Frente a una posible vulneración a la honra y dignidad, y a la a la propiedad, el Estado señaló que esos eran hechos no contenidos en la demanda, lo cual fue acogido por la CORIDH por lo que no fueron tenidos en cuenta.

<sup>91</sup> Además, ver caso Cepeda Vargas, párr. 65, y caso masacre de La Rochela, párr. 60.

El amor y apego del abogado colombiano al texto de la ley se extendió al del Reglamento, y es palpable especialmente en los casos de las masacres de Mapiripán, Ituango y La Rochela, cuando pretende excluir del proceso varios testimonios que fueron *autenticados* ante fedatario público. A consideración de la defensa de Colombia, al no cumplir con la formalidad de ser *declarados*, aquellos no servían de medios de convicción para el esclarecimiento de hecho alguno. A lo anterior siguieron pronunciamientos de la CORIDH en los cuales reiteraban que tales declaraciones, pese a no cumplir con el requisito reglamentario, eran perfectamente admisibles siempre que no se quebrantasen ni la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal; es decir, trasladó al Estado la carga de argumentación de demostrar la ocurrencia dentro del proceso de tales fenómenos, la cual no satisfizo.

Por último, se debe resaltar cómo en el caso de la masacre de Ituango la defensa solicitó imperativamente que un peritaje fuera rendido en audiencia pública, desconociendo que es facultad de la CORIDH señalar la forma en que estos se desahogan. Ambos espacios son propicios para ejercer el derecho de contradicción, por lo que Colombia debe ocuparse de expectativas realizables.

### **5.2.2. Incumplimiento del deber de aportar las pruebas de oficio por parte del Estado**

En sus pronunciamientos jurisprudenciales la CORIDH ha sostenido la existencia del deber de cooperación<sup>92</sup> en cabeza de los estados, con el cual ellos deben brindar las garantías necesarias para la obtención de ciertas pruebas que han de ser allegadas al proceso, en especial cuando las víctimas están en incapacidad de su consecución o aquellas se encuentran en manos del Estado.

En los casos contra el Estado colombiano es frecuente que, ante el decreto de pruebas de oficio por parte de la CORIDH, él se niegue o retarde su aportación al proceso. A título enunciativo se puede rememorar el caso de los 19 comerciantes en donde se le solicitó al Estado colombiano que allegara copia de unas actuaciones judiciales e informes del órgano de inteligencia colombiano –las cuales sumadas ascendían a 60000 folios– por lo que, tras dar un término que se incumplió, el Estado manifestó que no las allegaba por ser un número amplio de documentos a los cuales debía sacar copia<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 99.

<sup>93</sup> Párr. 54 y sus. Además, ver párr. 76 y 77.

De igual forma, en el caso Valle Jaramillo cuando la CORIDH pidió la remisión de un video que contiene una declaración del excomandante paramilitar Salvatore Mancuso, rendida en un proceso de justicia transicional que se adelanta en Colombia, y que resultaba relevante para los hechos que se investigaban, el Estado, en primer momento, aportó un documento magnetofónico y su transcripción, editado y con partes suprimidas, a fin de que no se conocieran partes de la declaración contrarias a sus intereses. Después de algunos meses de insistencia por parte de la CORIDH, el Estado accedió a allegar de manera íntegra el video.

En este punto no ocurre propiamente que Colombia incumpla con la carga de la prueba, sino que desatiende su deber de cooperación, aumentando la duración del proceso e imposibilitando esclarecer violaciones de derechos humanos cuya importancia trasciende sus fronteras y a las personas reconocidas como víctimas dentro de cada proceso. El incumplimiento de dicho deber solo se justifica con razones eficaces, suficientes y contundentes. De no poder probar su no responsabilidad internacional, la actitud que debe tomar el Estado colombiano no es la de poner trabas a la CORIDH, CIDH y víctimas. En consecuencia, el Estado afecta así el equilibrio procesal y la capacidad para presentar y responder argumentos probatorios en el presente caso.

### **5.2.3. La inactividad probatoria producto de un ejercicio probatorio insuficiente e incorrecto**

En algunos casos, como la masacre de Mapiripán y los 19 comerciantes<sup>94</sup>, la defensa del Estado colombiano se limitó únicamente a una negación de los hechos y de las pruebas aportadas por las otras partes, lo cual fue resultado de una falta de argumentos probatorios que le permitieran ejercer una defensa activa frente a las alegaciones de la CIDH y los representantes de las víctimas. Asumir dicha posición resulta bastante arriesgado para cualquier litigante, por lo que se debe evaluar antes de asumir un juicio en semejantes condiciones si hay otras vías que resulten más favorables a los intereses, en este caso, del Estado colombiano.

---

<sup>94</sup> No presentó testigos, ver párr. 52.

## **DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO PROCESAL DE FAMILIA**

AUTOR: Iván Santos Ballesteros  
FECHA DE RECEPCIÓN: Mayo 24 de 2011  
DIRECCIÓN: isantos2@unab.edu.co

**RESUMEN:** la evolución del Derecho de Familia en Colombia y en legislaciones extranjeras, como los son Cuba, Italia y España, entre otras, justifican su existencia como una de las diferentes ramas que integran el derecho sustancial. En su aspecto procesal, la jurisdicción de familia forma parte de las denominadas jurisdicciones sociales o magistraturas especializadas.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho sustancial, Derecho procesal general, Derecho de familia, Derecho procesal de familia.

**ABSTRACT:** the evolution of family law in Colombia and foreign legislation, as are Cuba, Italy and Spain, among others, justify its existence as one of several branches that make up the substantive law. In its procedural aspect, the family courts is part of so called social jurisdictions or specialized magistrates.

**KEYWORDS:** Substantive law, Procedural law generally, Family law, Family law proceedings.

# DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

Iván Santos Ballesteros\*

## CAPITULO I

### 1 DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

#### 1.1 Derecho de Familia

##### 1.1.1 Justificación de la existencia del Derecho de Familia

El Código Civil colombiano, al igual que el chileno, contienen normas reguladoras del Derecho de familia, cuya base la constituye el matrimonio y el Derecho patrimonial, al que le sirve de fundamento el derecho de propiedad. De ahí que el matrimonio y la propiedad se conviertan en los soportes del Derecho Civil, pero mientras el Derecho patrimonial cae bajo la órbita del Derecho privado, el primero se encuentra en una línea intermedia entre éste y el Derecho público. La anterior afirmación se refleja en la reglamentación del Derecho de Familia con independencia del Derecho civil, como acontece en Rusia y en Cuba, y antiguamente en Méjico antes de la promulgación de su Código Civil.

Estas consideraciones se justifican por las diferencias múltiples que existen entre los derechos patrimoniales y los derechos de familia. Somarriva Undurraga<sup>1</sup> señala entre otras, las siguientes:

Las leyes que conforman el Derecho patrimonial son en gran parte permisivas, y en forma excepcional, prohibitivas o imperativas; por el contrario, en el Derecho de familia, estas últimas son las más abundantes.

Los actos patrimoniales, salvo contadas excepciones pueden someterse a modalidades, no así los de familia, como sucede, por ejemplo, con el matrimonio y la adopción.

---

\* Docente Facultad de Derecho Universidad autónoma de Bucaramanga. Especialista en Derecho de familia, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho del trabajo Pontificia Universidad Javeriana.

<sup>1</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. "Derecho de Familia". Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1963, p. 7 y s.

Los derechos de familia como tales se encuentran fuera del comercio jurídico, y en consecuencia, no se pueden ceder, renunciar y en ellos no cabe la transacción (tal como sucede con el estado civil).

Los actos patrimoniales pueden dejarse sin efecto por los contratantes, lo que, por regla general no es permitido en los actos de familia. Sin embargo, algunos de estos últimos son posibles, como el evento del divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges.

Aunque el formalismo tiende a desaparecer en el derecho, existen actos de familia frente a los cuales el legislador los reviste de ciertos requisitos, como sucede con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, el matrimonio, la legitimación, la adopción, etc., a diferencia de un gran número de actos patrimoniales (contratos consensuales, por ejemplo).

Los actos de familia tienen efectos absolutos. El estado civil a que ellos dan origen es oponible a cualquier persona. Por ejemplo, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial afecta la vocación hereditaria de los hermanos del padre.

Las instituciones del derecho de Familia en Colombia se encuentran reguladas en algunos de los libros del Código Civil, reformado en sus primeros años de vigencia por las leyes 57 de 1887, (sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional); 153 de 1887, por la cual se adicionan y reforman los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la ley 57 de 1887; ley 100 de 1888, adicional al Código Civil y reformatoria de la ley 153 de 1887 y la ley 8ª de 1888, entre otras. Su verdadera evolución legislativa aparece a partir de 1930. Los gobiernos anteriores le otorgaron preferencia al matrimonio católico como origen del núcleo familiar. Referente a la celebración del matrimonio civil surgieron impedimentos para quienes fueran católicos, ya que los futuros contrayentes debían abjurar de su religión, tal como lo dispuso la ley 54 de 1924, denominada ley concha (Convenio Gasparri- Concha). Con el sistema de la potestad marital a la mujer se le aplicaba una *capitis deminutio* en el aspecto de la administración de sus bienes.

El libro I del C.C. regula lo relativo a las personas, así:

Título I. De las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio.

Título II. Del principio y fin de la existencia de las personas.

Título III. De los esponsales.

Título IV. Del matrimonio.

Con referencia a la institución del matrimonio se encuentran las siguientes reformas o modificaciones:

a) Ley 266 de 1938, por la cual se autoriza la celebración de matrimonios de extranjeros ante sus respectivos agentes diplomáticos y cónsules.

b) Ley 20 de 1974. Aprobatoria del concordato celebrado por el gobierno con la Santa Sede y autoriza la celebración de matrimonio civil sin tener en cuenta la religión que se profese.

c) Decreto 2668 de 1988, por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario Público.

d) Decreto 1556 de 1989, por el cual se modifica el artículo 4º del Decreto- Ley 2668 de 1988.

e) Ley 54 de 1990, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

f) Ley 979 de 2005, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

Título V. De la nulidad del matrimonio y sus efectos.

Título VI. De la disolución del matrimonio.

Título VII. Del divorcio y la separación de cuerpos, sus causas y efectos.

Constituyen modificaciones a los dos últimos títulos:

a) Ley 1ª de 1976, por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regula la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en materia de familia.

b) Ley 25 de 1992, ley de divorcio.

c) Decreto 902 de 1988, por el cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades vinculadas a ellas ante notario público y se dictan otras disposiciones.

d) Decreto 1729 de 1989, por el cual se modifica y adiciona el Decreto- Ley 902 de 1988.

e) Decreto 2668 de 1988, por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario Público.

f) Decreto 1556 de 1989, por el cual se modifica el artículo 4º del anterior decreto.

g) 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.

h) Decretos 4436 y 2817 de 2006, reglamentarios de la ley anterior.

Título VIII. De las segundas nupcias.

Título IX Obligaciones y derechos entre los cónyuges.

Principales modificaciones a estos dos títulos:

a) Ley 28 de 1932, sobre reformas civiles (régimen patrimonial en el matrimonio).

b) Ley 68 de 1946, aclaratoria de la ley 28 de 1932.

c) Decreto 2820 de 1974, por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, acordado con las modificaciones introducidas por el decreto 772 de 1975.

Título X. De los hijos legítimos concebidos en matrimonio.

a) Ley 1060 de 2006, por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad.

Título XI. De los hijos legitimados.

Título XII. De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos legítimos.

El Decreto 2820 de 1974 vino a modificar algunas de sus normas, al igual que el decreto 2737 de 1989.

Título XIII. De la adopción

a) Ley 5ª de 1975, por la cual reglamenta la adopción.

b) Decreto 2737 de 1989, derogatorio de la ley 5ª de 1975.

Título XIV. De la patria potestad.

Título XV. De la emancipación.

Título XVI. De los hijos naturales.

a) Ley 45 de 1936, sobre reformas civiles (filiación extramatrimonial).

b) Ley 75 de 1968, por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

c) Ley 721 de 2001, por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.

Título XVII. De las obligaciones y derechos entre los padres y los hijos naturales.

Título XVIII. De la maternidad disputada.

Título XIX. De la habilitación de edad.

a) Ley 27 de 1977, por la cual se fija la mayoría de edad a los 18 años.

Título XX. De las pruebas del estado civil.

a) Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas.

b) Dentro de las modificaciones o adiciones a este decreto encontramos las siguientes:

Decreto 2158 de 1970, por el cual se modifica y adiciona el Decreto-Ley número 1260 de 1970 y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1873 de 1971, por el cual se reglamenta el registro de nacimiento de que tratan los artículos 44 y siguientes del Decreto-Ley 1260 de 1970 y se dictan otras disposiciones.

Decreto 278 de 1972, por el cual se reglamenta la expedición y uso de copia y certificados de las actas, partidas y folios del registro de nacimiento de que trata el artículo 115 del Decreto-ley 1260 de 1970 y se modifica el párrafo del artículo 1 del Decreto 1873 de 1971.

Decreto 3596 de 1981, por el cual se adopta el formato del folio para el registro de Matrimonio de que tratan los Decretos-Leyes 1260 y 2158 de 1970, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 999 de 1988, por el cual se señala la competencia para las correcciones del registro del estado civil, se autoriza el cambio de nombre ante notario público, y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1555 de 1989, por el cual se adiciona el Decreto 999 de 1988.

Ley 54 de 1989, por medio de la cual se reforma el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970.

Decreto 2188 de 2001, por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-ley 1260 de 1970 y se dictan otras disposiciones.

Título XXI. De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas.

Título XXII. De las tutelas y curadurías en general.

Título XXIII. De las diligencias y formalidades que deben preceder al ejercicio de la tutela o curaduría.

Título XXIV. De la administración de los tutores y curadores relativamente a los bienes.

Título XXV. Reglas especiales relativas a las tutelas.

Título XXVI. Reglas relativas a la curaduría del menor.

Título XXVII. Reglas relativas a la curaduría del disipador.  
Título XXVIII. Reglas especiales relativas a la curaduría del demente.  
Título XXIX. Reglas relativas a la curaduría del sordomudo.  
Título XXX. De las curadurías de bienes.  
Título XXXI. De los curadores adjuntos.  
Título XXXII. De los curadores especiales.  
Título XXXIII. De las incapacidades y excusas para la tutela o curaduría.  
Título XXXIV. De la remuneración de los tutores y curadores.  
Título XXXV. De la remoción de los tutores y curadores.

Los títulos 22 al 35 del C.C. fueron derogados por el artículo 119 de la ley 1306 de 2009. En la actualidad estos títulos de manera general se refieren a las personas con discapacidad mental y régimen de representación legal de incapaces emancipados.

Título XXXVI. De las personas jurídicas.

El libro Tercero hace referencia a la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, así:

Título I. Definiciones y reglas generales.  
Título II. Reglas relativas a la sucesión intestada.

a) Ley 29 de 1982, por la cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.

Título III. De la ordenación del testamento.

a) Decreto 960 de 1970, por el cual se expide el Estatuto de Notariado.

b) Decreto 2163 de 1970, por el cual se oficializa el servicio de notariado, y se modifica el Decreto-Ley número 960 de 1970.

c) Decreto 208 de 1975, por el cual se ordena la inscripción de los testamentos cerrados y de los poderes en las oficinas de registro de instrumentos públicos del país.

d) Decreto 1265 de 1975, por el cual se aclaran y adicionan los Decretos 208 y 665 de 1975.

e) Decreto 2148 de 1983, por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 960 y 2163 de 1970 y la ley 29 de 1973.

Título IV. De las asignaciones testamentarias.

Título V. De las asignaciones forzosas.

Título VI. De la revocación y reforma del testamento.

Título VII. De la apertura de la sucesión y de su aceptación, repudiación e inventario.

Título VIII. De los ejecutores testamentarios.

Título IX. De los albaceas fiduciarios.

Título X. De la partición de los bienes.

Título XI. Del pago de las deudas hereditarias y testamentarias.

Título XII. Del beneficio de separación.

Título XIII. De las donaciones entre vivos.

a) Decreto 1712 de 1989, por el cual se autoriza la insinuación de donaciones ante notario público.

El Libro III del C.C., “De las obligaciones y de los Contratos”, contiene cuarenta y cuatro títulos. El título XXII, “De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal”, tiene hondas repercusiones en el Derecho de Familia, al momento en que este aspecto constituye una de sus ramas como es el del Derecho Patrimonial Matrimonial. Algunos de los decretos y leyes referidos constituyen evolución cronológica en este campo, como la ley 28 de 1932 que modificó lo relativo a la administración de la sociedad conyugal, que actualmente corresponde a ambos cónyuges y los decretos 2820 de 1974, en cuanto a la modificación de algunas normas sobre renuncia de gananciales por parte de la mujer, después de la disolución de la sociedad conyugal (capítulo VI) y la ley 1ª de 1976, en el aspecto de la disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales.

Adicional a los libros anteriores, concretamente al libro segundo del C.C., como instrumento de protección a los bienes de los integrantes de la familia se han expedido las siguientes normas:

a) Ley 70 de 1931, por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables.

b) Ley 91 de 1936, por la cual se autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables, con criterio y fines de acción social.

c) Ley 258 de 1996, por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones.

d) Ley 495 de 1999, por la cual se modifican los artículos 3º y 4º (literales a y b), 8º y 9º de la ley 70 de 1931 y se dictan otras disposiciones afines sobre constitución voluntaria de patrimonio de familia.

e) Ley 85 de 2003, por medio de la cual se modifica el artículo 1º y el párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 258 de 1996, a fin de dar protección integral a la familia.

El Derecho de Familia mira igualmente a algunos de los miembros que integran este núcleo (el familiar) para brindarles protección en atención a situación especial que se encuentran dentro de esta célula básica social.

Normas protectoras a la mujer cabeza de familia y a las mujeres en general

a) Ley 82 de 1993, por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

b) Ley 861 de 2003, por la cual se dictan disposiciones relativas al único bien urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia.

c) Ley 1232 de 2008, por la cual se modifica la ley 82 de 1993. Ley mujer cabeza de familia y se dictan otras disposiciones.

d) Ley 1257 de 2008, por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Código Penal, de Procedimiento Penal, la ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

Normas relativas a la protección de menores:

a) Decreto 2303 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

b) Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Normas relativas a la protección de incapaces

a) Ley 1306 de 2009, por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados.

b) Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

c) Ley 1361 de 2009, por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia.

La anterior referencia a las leyes y decretos que amplían el contenido del Derecho de Familia, daría lugar a una codificación de esta rama del derecho, como sucede con el código de la infancia, niñez y adolescencia.

### **1.1.2 Derecho Comparado de Familia**

#### **1.1.2.1 El Derecho de Familia en Cuba**

El Código de Familia fue promulgado mediante la ley No. 1289 de 14 de febrero de 1975 y modificado parcialmente por la ley 9ª de 22 de agosto de 1977. Entró en vigencia el 8 de marzo de 1975 y derogó toda la legislación anterior sobre Derecho de familia que se encontraba plasmada, en el Código Civil Español de 1888, extensivo a Cuba a partir de julio de 1889, y en disposiciones legales posteriores, especialmente en el Decreto-Ley No. 206 de 10 de mayo de 1934 sobre divorcio vincular, y en la ley 9ª de 20 de diciembre de 1950, relativa a los derechos

de la mujer en la esfera del matrimonio y en las relaciones de familia. Coral Pellado<sup>2</sup> señala que el Derecho de Familia es "el conjunto de normas jurídicas que regulan el complejo de relaciones jurídicas que surgen en la familia en sí y de ésta respecto a terceros. Relaciones jurídicas que reflejan a la vez las relaciones personales, sociales, materiales y económicas que se crean entre el hombre y la mujer, al adquirir su condición de esposos como consecuencia del matrimonio; entre padres e hijos, y entre unos y otros con terceros, especialmente el Estado y las organizaciones sociales".

Posteriormente se expidieron otras normas que ampliaron el marco teórico del Código de Familia, entre ellas el Código de la Niñez y Juventud de 1978. Este código proclamó una nueva moral en relación con los valores que deben regir la vida familiar; resaltó igualmente la obligación de la familia para con los niños y los jóvenes ante la sociedad. Estos postulados ya habían sido refrendados por la Constitución de la República de 1976, que en su capítulo IV se refería a la familia, considerándola como la célula fundamental de la sociedad.

El mismo sentido proteccionista a la niñez se observa en el Decreto Ley 64 de 1982, sobre el sistema para la atención a menores con trastornos de conducta, y en el Decreto Ley 76 de 1984, sobre adopción, hogares de menores y familias sustitutas.

#### 1.1.2.2 El Derecho de Familia en Italia

El Derecho de Familia en Italia evolucionó a partir de la reforma de 1975. Antes de esta etapa el legislador adoptó algunas normas consagradas de tiempo atrás en códigos extranjeros relativas a la institución familiar, como el carácter de indisoluble del matrimonio, la desigualdad conyugal, la situación de inferioridad para la filiación extramatrimonial, etc.

"Así las cosas- expresa Sesta- la reforma de 1975 sustituyó a un ordenamiento familiar prácticamente idéntico al que se había inaugurado con la codificación napoleónica por un modelo de convivencia desde muchos puntos de vista nuevo y en contraste con el anterior; signo de que el orden social que se había desarrollado en la segunda posguerra había afectado profundamente el modelo familiar tradicional, expresión consolidada de las culturas de matriz idealista, rural y católica"<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> PERAL COLLADO, Daniel A. "Derecho de Familia". Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989, p. 29

<sup>3</sup> SESTA, Michele. "Derecho de Familia Italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?". Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 13

### 1.1.2.3 El Derecho de Familia en España

España también se sumó a este movimiento del Derecho de familia. La mayor parte de las reformas al Código civil han recaído sobre aquel derecho, en contraste con el derecho patrimonial del Código civil que permanece sin transformación alguna.

La modificación al Derecho de familia, en sentido de reforma en conjunto, aparece por primera vez en la Ley de 2 de mayo de 1975. En la exposición de motivos se señaló en forma expresa que esta ley vendría a formar parte de una reforma más amplia. El móvil directo de ella fue el de consagrar la igualdad jurídica de los cónyuges. Paralela a esta reforma se hizo necesaria otra que incidiera en el régimen de la filiación y que tuviera por objeto suprimir las discriminaciones de las personas nacidas fuera del matrimonio.

Producto de la anterior evolución han sido las leyes 11, de fecha 13 de mayo de 1971 que modificó los preceptos del Código civil atinentes a la filiación, patria potestad y el régimen económico del matrimonio, y 30 de 7 de julio de 1981 sobre regulación general del matrimonio y los trámites que han de seguirse en procesos de separación, nulidad y divorcio.

La Doctrina española señala como principios inspiradores de la reforma el de igualdad de los cónyuges en el matrimonio impuesto por el artículo 32 de la Constitución; el de equiparación o igualdad de los hijos, sin distinción de origen (artículos 14 y 38 de la Constitución), y el del carácter tuitivo de las potestades paternas, respecto de la ley 13 de mayo de 1981. . La consagración del divorcio en España aparece como consecuencia obligada del principio de igualdad<sup>4</sup>.

## 1.2 Derecho procesal de familia

La doctrina patria no hace referencia en forma expresa a esta rama del Derecho procesal. Encuentra su razón de ser en el decreto 2272 de 1989, “por el cual se organiza la jurisdicción de familia, se crean unos despachos judiciales y se dictan otras disposiciones”.

En el presente ensayo se exponen los fundamentos para estructurar las bases del Derecho Procesal de familia, no obstante argumentos en contrario, como los de la unidad de la

---

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLON, Antonio. “Sistema de Derecho Civil”. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Editorial Tecnos. Madrid, 200º, p. 41.

jurisdicción, la inconveniencia de crear nuevas jurisdicciones, la integración de asuntos civiles y de familia en la conformación de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, etc.

Este derecho forma parte de las denominadas Jurisdicciones Sociales o Magistraturas Especializadas, junto con la laboral, la comercial y la agraria<sup>5</sup>

La expresión “Derecho procesal de familia” se integraría por los vocablos que lo identifican.

“*Derecho*” (Del latín “directus”, directo; dirigere, enderezar o alinear), entendido como poder o potestad individual de hacer, elegir o de abstenerse de hacer algo en cuanto atañe a sí mismo, y de exigir, permitir o prohibir a los demás, suele clasificarse en derecho objetivo (conjunto de normas de carácter jurídico que sirven para regular la vida del individuo en la sociedad), y en derecho subjetivo ( facultad derivada de las normas jurídicas para actuar en determinado sentido, o para exigirle a otro u otros el la observancia de una conducta).

La expresión “*Procesal*” denota el conjunto de normas encaminadas a la realización de los derechos subjetivos, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

“*De familia*” alude al conjunto de normas que regulan la institución familiar.

De los anteriores vocablos surge el Derecho procesal de familia. Este obedece a la clasificación de la ley procesal acorde con la rama del derecho sustancial o material para cuya efectividad sirva de medio. Azula Camacho también se refiere a la ley procesal según su estructura (orgánica y procesal propiamente dicha); en relación con los actos procesales (material, mira a la calidad de los sujetos que producen los actos procesales y al contenido de los mismos, y formal, cuando atiende a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que corresponde la realización de los actos procesales); respecto a la fuerza obligatoria (absoluta o imperativa, de forzoso acatamiento siempre que se den los presupuestos necesarios que ella misma prevé para su aplicación, y dispositiva, aquella que puede aplicarse o dejarse de aplicar conforme con la actitud que ante un determinado acto procesal asuman las partes)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> QUINTERO, Beatriz, y Prieto Eugenio. “Teoría General del Derecho Procesal”. Editorial Temis, Bogotá, 2008, p. 237.

<sup>6</sup> AZULA CAMACHO, Jaime. “Manual de Derecho Procesal”. Tomo I. Teoría General del Proceso. Octava edición. Editorial Temis, Bogotá, 2002, ps. 15 y s.

En forma aislada, el derecho de familia constituye una rama que se desprende del Derecho civil. Si a los dos primeros vocablos (Derecho procesal) se le agrega un tercer término (de familia), este delimitará, ya una rama, o una especialidad del derecho procesal, como el civil, penal, laboral, etc. “Pero estudiado unitariamente, basta decir “derecho procesal”, aunque los principios se particularicen en función de la materia a actuar. Esto significa que es posible, y conveniente, formular una teoría uniforme del derecho procesal”<sup>7</sup>.

La familia suele concebirse en sentido lato y en sentido estricto. Por el primer aspecto, engloba a todas las personas que se encuentran integradas por lazos de parentesco de consanguinidad o de afinidad. En atención al segundo de ellos, la familia designa a las personas que viven bajo el mismo techo, como los padres, hijos, nietos y colaterales. En un sentido jurídico, es válida la primera noción por constituir un grupo étnico, intermedio entre el individuo y el estado. En cualquiera de los aspectos que se la considere, surge la familia como una institución necesaria.

Refiriéndose a la familia Jossierand señala que “es un elemento de cohesión, una condición del equilibrio social. La historia enseña que los pueblos más fuertes han sido siempre aquellos en que la familia estaba más fuertemente constituida: Roma, Inglaterra, Francia, Alemania; las lecciones de la historia nos enseñan el relajamiento de los lazos familiares en los períodos de decadencia: ordinariamente, en la célula familiar se manifiestan los primeros síntomas del mal antes de afectar al organismo más vasto y más poderoso del Estado”<sup>8</sup>.

### 1.2.1 Fundamento Legislativo del Derecho Procesal de Familia

Como se vio anteriormente, el Derecho Procesal atendiendo a las ramas del derecho admite clasificación en Derecho civil, de familia, agrario, penal, laboral etc. El Derecho Procesal de familia se nutre con normas que se encuentran en el C. de P.C., al igual que el Derecho de familia se estructura con el Derecho civil.

El Estatuto procesal civil actual contiene un Título Preliminar (disposiciones generales) y cinco Libros.

---

<sup>7</sup> CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. “Derecho Procesal”. Tomo I. Concepto fundamentales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 6.

<sup>8</sup> JOSSERAND, Louis. “Derecho Civil”. Tomo I. Volumen 2°. Ediciones Jurídicas Europa- América. Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires, 1952, p. 4.

El Libro I (Sujetos Procesales) contiene dos secciones (Órganos Judiciales y sus Auxiliares; Partes, Representantes y Apoderados) y cinco Títulos.

El Libro II (Actos Procesales) se encuentra integrado por siete Secciones (objeto del proceso; Reglas Generales del Procedimiento; Régimen Probatorio; Providencias del Juez, su Notificación y sus Efectos; Terminación Anormal del Proceso; Medios de impugnación y Consulta; Expensas y Copias) y quince Títulos.

El Libro III (Los Procesos) se encuentra conformado por cinco secciones (Procesos Declarativos; Procesos de Ejecución; Procesos de Liquidación; Jurisdicción Voluntaria y el Proceso Arbitral, este último consagrado en los artículos 663 a 677, derogados por el Decreto 2279 de 1989 y éste modificado y algunas de sus normas derogadas por la ley 23 de 1991, ley 446 de 1998, y el Decreto 1818 de 1998 que constituye el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflicto) y 13 Títulos.

El Libro IV (Medidas Cautelares) comprendido en dos Títulos.

El Libro V (Cuestiones Varias) conformado por dos Títulos.

La ley 1395 de 2010, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial regula varias materias, entre ellas el estatuto procesal civil; cuarenta y cuatro artículos lo modifican o adicionan; cuatro de ellos en el mismo sentido versan sobre el régimen de conciliación extrajudicial en derecho y siete artículos regulan temas relacionados con la prueba extraprocesal, notificación por medios electrónicos y la variación del turno para fallos.

En cuanto a la legislación aplicable a los procesos de familia se encuentra la siguiente:

a) Trámites notariales. Además de los decretos mencionados que contienen los trámites para la liquidación de herencias y sociedades conyugales, y la autorización para la celebración de matrimonio civil ante notario público, se expidió el Decreto 1712 de 1989, por el cual se autoriza la insinuación de donaciones ante notario público; Decreto 4436 de 2005, divorcio o cesación de efectos civiles de matrimonios religiosos por el trámite notarial. Decreto 2817 de 2006, sobre constitución de patrimonio de familia inembargable, inventario de bienes de menores y otros actos por el trámite notarial.

b) Jurisdicción de familia y Código de menor. Decreto 2272 de 1989, por el cual se organiza la Jurisdicción de familia, se crean unos Despachos Judiciales y se dictan otras disposiciones; Decreto 2737, sobre el Código del Menor. Ley 1098 de 2006. El artículo 217 de esta ley deroga el Decreto 2737 o Código del Menor, a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedan vigentes.

#### Conciliación

a) Ley 640 de 2001, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

#### Suplemento Procesal de Familia

a) Ley 979 de 2005, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

b) Ley 986 de 2005, por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones.

c) Ley 1008 de 2006, por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia.

d) Resolución 119 de 2006, por medio de la cual se denominan las Procuradurías Judiciales en Familia, se delegan funciones del Procurador General de la Nación, se distribuyen y asignan competencias de la Procuraduría General de la Nación y se establece la sede y circunscripción territorial de los Procuradores Judiciales en Familia.

La numerosa legislación referida a asuntos de familia lleva a afirmar su justificación como una rama especializada que integra la jurisdicción ordinaria, al igual que las ramas civil, laboral y agraria; aquel se afianza con el decreto 2272 de 1989, y con la creación de autoridades judiciales y administrativos en esta materia, sin que se haya desprendido totalmente del tronco común que es el derecho procesal civil.

Guasp señala que no existe una sola figura procesal, sino múltiples figuras procesales, que en atención a sus varias características, se agrupan en tipos, entre ellos el constitucional, civil, penal administrativo, social, internacional, canónico. Sostiene igualmente que la anterior pluralidad de tipos procesales no destruye la unidad conceptual de la figura procesal, la cual sigue siendo idéntica en cada una de sus ramas.

Concluye que la unidad fundamental del proceso no equivale a la posibilidad actual del tratamiento en conjunto de todas las instituciones procesales. Lo anterior puede ser la meta de un trabajo científico y legislativo, aunque no refleja el estado actual de la disciplina. La diversidad del tratamiento positivo que corresponde a cada rama exige un estudio en forma separada de ellas<sup>9</sup>.

#### 1.2.2 La Jurisdicción de Familia en el Proyecto de Ley del Código General del Proceso.

En la actualidad el proyecto de ley, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones” se encuentra en trámite en el Congreso de la República.

Sobre el tema pertinente, señalan los siguientes artículos:

Artículo 21. Competencia de los jueces de familia en única instancia.

Artículos 22 Competencia de los jueces de familia en primera instancia.

Artículos 23. Fuero de atracción.

Artículo 32. Competencia de las salas de familia de los tribunales superiores.

El proyecto en mención deroga los artículos 3 (competencia de las salas de familia de los tribunales superiores) y 5 (competencia de los jueces de familia en única y primera instancia) del Decreto 2272 de 1989 para incluirlos con algunas modificaciones en los dos primeros artículos referidos.

---

<sup>9</sup> GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998, p. 42.

En cuanto al fuero de atracción, el artículo 23 dispone que mientras el proceso de sucesión se encuentre en curso, el juez que lo estuviese conociendo será el competente para conocer de todos los procesos que versen sobre los conflictos relacionados con la sucesión y de los demandas que se formulen contra asignatarios, cónyuge o compañero permanente, o administradores de la herencia, por causa o con ocasión de ésta.

La práctica de medidas cautelares de carácter anticipado que autorice la ley le corresponde al juez que fuere competente para el trámite del proceso al que están destinadas. La demanda para promover este podrá presentarse ante el juez que decretó y practicó la medida cautelar, en cuyo caso no será sometida a reparto. Las autoridades administrativas podrán decretar y practicar estas medidas cautelares autorizadas por la ley.

Salvo norma en contrario, el solicitante deberá presentar la demanda dentro de los veinte días siguientes a la práctica de la medida cautelar, so pena de su levantamiento inmediato. El afectado en todo caso conserva el derecho a reclamar mediante incidente, la liquidación de los perjuicios que se le llegaren a causar.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AZULA CAMACHO, Jaime. "Manual de Derecho Procesal". Tomo I. Teoría General del Proceso. Octava edición. Editorial Temis, Bogotá, 2002.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. "Derecho Procesal". Tomo I. Concepto fundamentales. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

DÍEZ-PICAZO, Luis - GULLON, Antonio. "Sistema de Derecho Civil". Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Editorial Tecnos. Madrid, 2000.

GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1998.

JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil". Tomo I. Volumen 2º. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cia. Editores. Buenos Aires, 1952, p. 4.

PERAL COLLADO, Daniel A. "Derecho de Familia". Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989.

QUINTERO, Beatriz – PRIETO, Eugenio. "Teoría General del Derecho Procesal". Editorial Temis, Bogotá, 2008.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. "Derecho de Familia". Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1963.

SESTA, Michele. "Derecho de Familia Italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?". Universidad Externado de Colombia, 2003.

**EL MANEJO DEL PRINCIPIO DEL TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA O NO  
DISCRIMINACIÓN EN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI: LOS CASOS DE LA  
REPÚBLICA ARGENTINA, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE  
MÉXICO**

AUTORES: Johan Sebastián Sanabria Uribe  
Maira Liseth Gualdrón Gómez  
FECHA DE RECEPCIÓN: octubre 04 de 2011  
DIRECCIÓN: jsanabria2@unab.edu.co;  
mgualdron3@unab.edu.co

**RESUMEN:** El arbitraje de inversiones no es una institución jurídica que pueda clasificarse exclusivamente dentro del ámbito de alguna de las ramas del Derecho; aún así, existe un amplio espectro sobre lo que puede entenderse como "inversión". En el presente artículo, los estudiantes indagan sobre el Principio o Estándar de No Discriminación en el Derecho de la Inversión Extranjera en el CIADI, sin agotar el tema, a forma de *protosecuela* de lo que ya se ha tratado en una ocasión.

**PALABRAS CLAVES:** Arbitraje de Inversiones, CIADI, Derecho Internacional de las Inversiones, Inversiones, Principio o Estándar de No Discriminación, Trato Justo y Equitativo, Trato Mínimo.

**ABSTRACT:** Investment arbitration couldn't be classified exclusively within the scope of just one field of legal knowledge, yet there is a broad spectrum of what can be understood as "investment." In this paper, the researchers have researched about the Non-discrimination Standard in ICSID Foreign Investment Law, without exhausting the subject completely, but as a form of prequel to what have already been explained once.

**KEY WORDS:** Investment Arbitration, ICSID, International Investment Law, Investment, No Discrimination Standard, Fair and Equitable Treatment, Minimum Treatment.

# EL MANEJO DEL PRINCIPIO DEL TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA O NO DISCRIMINACIÓN EN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI: LOS CASOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE MÉXICO\*

Johan Sebastián Sanabria Uribe\*\*  
Maira Liseth Gualdrón Gómez\*\*\*

## INTRODUCCIÓN

Existen varios nombres para denominar el deber de no discriminación en materia de Derecho, sea “Trato Justo o Equitativo”, “Principio de No Discriminación”, “Trato de la Nación más Favorecida”. Es irrelevante entrar en distinciones, ya que no hay duda de que el Principio del Trato de la Nación más Favorecida o no Discriminación es uno de los principios más importantes que rigen la protección de las inversiones extranjeras, el cual obliga a que los Estados receptores de una inversión traten al Inversionista extranjero como originario de este mismo Estado o del trato que éste le otorga al Inversionista de un tercer Estado en todos los aspectos jurídicos: por ejemplo, casos en los que ocurre expropiación aduciendo interés general<sup>1</sup>. Como principal organización internacional sobre la protección de la inversión extranjera es menester resaltar al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones- CIADI (ICSID por sus iniciales en inglés), ubicado en Washington D.C. y parte del Grupo del Banco Mundial. Por esta razón es pertinente preguntarse ¿Cómo es el manejo que le dan los Tribunales arbitrales de la CIADI al principio de “Trato de la nación más favorecida o de no discriminación” para determinar la responsabilidad de un Estado?

---

\* El presente trabajo es producto de la monografía de grado para optar al título de abogado presentado por los autores, en junio de 2011.

\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.

\*\*\* Estudiante y miembro del Semillero en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.

<sup>1</sup> Caso LG&E c. La República de Argentina, donde se falló a favor de la República de Argentina por encontrarse en estado de necesidad a causa de la situación económica.

# EL ARBITRAJE CIADI COMO PARTE DE LA TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE: NOCIONES GENERALES DE ARBITRAMENTO

## 1. El arbitraje como especialidad

Cuando se habla de arbitraje, suele hablarse de la “actividad arbitral de la administración”, el “arbitraje en deportes”, etc. Sin embargo, para quien estudia y ejerce las ciencias jurídicas, el arbitraje comprende a simple vista aquel que se manifiesta en una sede arbitral, con unos árbitros que examinan su propia competencia, según la validez del convenio originario del arbitraje, solucionando una controversia y con un control posterior jurisdiccional que determina si es aplicable o no el ordenamiento que le es privativo, por tanto ejecutando o no la decisión que dichos árbitros tomaron. Es un mecanismo alternativo y de naturaleza heterocompositiva.<sup>2</sup>

En palabras de Merino:

“(…)se puede definir el arbitraje como aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen una cierta controversia específicamente determinada o por determinar, existente o futura en ellas, sea resuelta, conforme a un procedimiento legalmente establecido, por tercero o terceros, a los que se designan voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea dictada conforme a derecho o a equidad, y a la que el ordenamiento le otorga el carácter de título decisorio y ejecutivo.”<sup>3</sup>

## 2. Concepto

Existen diversas Teorías que buscan una definición o noción de Arbitraje. En primer lugar encontramos la Jurisdiccional, que trata la Jurisdicción como una cuestión de la soberanía del Estado, ignorando su carácter voluntarista, por lo cual es el Estado quien “concede” la facultad a los particulares y puede disponer sobre a quién puede designarse, cómo se designa y cuándo puede designarse esta facultad, será el Estado quien podrá controlar las actuaciones que efectúen los particulares con dicha facultad, por la cual tiene un elemento jurisdiccional, garantizándose el Debido proceso sea cual sea su categoría.<sup>4</sup> Por otro lado, la Contractualista, atribuyendo la efectividad del arbitraje depende de la disposición de intereses de las partes y

---

<sup>2</sup> MERINO MERCHÁN, José Fernando y Chillón Medina, José María (2006). *Tratado de Derecho Arbitral*. Aranzadi Civitias. 3ra Edición. Madrid.

<sup>3</sup> Ibid, MERINO. Pág 213.

<sup>4</sup> TALERU RUEDA, Santiago. *Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones Básicas y Derecho Aplicable*. Bogotá D.C. Temis/Universidad de los Andes. 2008. Págs. 12 a 14 y MERINO MERCHÁN, Págs. 822 y 880.

no de la ley del Estado, ignorando la colaboración de las autoridades estatales, es el Laudo el resultado final de lo que las partes disponen desde un principio, es el Árbitro un mandatario de las partes y el todo es un negocio jurídico complejo, es, por tanto el elemento contractual lo que le da origen a todas las operaciones arbitrales y constituye el fundamento y límite de su jurisdicción.<sup>5</sup> Finalmente, podemos encontrar una Teoría o Síntesis de las dos anteriores denominada “mixta”, rescatando la cooperación con las autoridades estatales en la efectividad del Arbitraje como en control de la validez del mismo, así como el origen en la disposición de intereses de las partes como quienes le dan marcha al pacto y al proceso arbitral. Desde ese punto de vista tiene un carácter compuesto, híbrido o sincrético. Para efectos de la investigación se siguió la posición mixta, debido a la flexibilidad con la que maneja el concepto de arbitraje, así como permite el análisis de este desde más de un aspecto relevante, sin limitar su alcance y extensión.<sup>6</sup>

En conclusión, es el arbitraje el que resuelve una controversia completa, de forma invariable, originado de un instrumento dispositivo de intereses previo o contemporáneo a la controversia, asignando poder de resolver con validez del ordenamiento jurídico a los particulares respecto de la controversia.

## **EL CIADI Y SU PROCEDIMIENTO**

### **1. EI CIADI**

El CIADI es una institución internacional autónoma establecida en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre estados y nacionales de otros estados. Actualmente está formada por 145 países miembros. Funciona como centro de arbitraje cuyos tribunales son especializados en disputas del tipo inversionista-Estado.<sup>7</sup> El CIADI mantiene vínculos muy estrechos con el Banco Mundial, aunque es una organización autónoma. Todos los miembros del CIADI son a la vez miembros del Banco, además de que su Consejo Administrativo es dirigido por el Presidente del Banco Mundial. Este Consejo Administrativo está

---

<sup>5</sup> Ibid. TALERO, Pág. 15 y MERINO, Págs. 822 y 879.

<sup>6</sup> Ibid. TALERO, Pág 17 y MERINO, Pag. 824.

<sup>7</sup> Shaw, Malcolm N. (2006). *International Law* [Derecho Internacional]. Cambridge University Press. 6th edición Cambridge. 2006, Págs. 944-948. y CIADI.

integrado por un representante de cada país que haya ratificado el Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre estados y nacionales de otros estados.<sup>8</sup>

Hoy en día, el CIADI es considerado como la principal institución de arbitraje internacional dedicada a la solución de controversias inversionista-Estado, el CIADI tiene un papel importante en el campo de las inversiones internacionales y el desarrollo económico.

El CIADI no media en las discusiones, sino que constituye el marco institucional y de procedimiento para las Comisiones de conciliación independiente y los tribunales arbitrales constituidos en cada caso para resolver la controversia.<sup>9</sup> En general, los procedimientos del CIADI se llevan a cabo en la sede del Centro en Washington D.C. Sin embargo, las partes podrán acordar sostener su proceso en cualquier otro lugar, con sujeción a ciertas condiciones.

Adicionalmente, el CIADI realiza estudios académicos sobre legislación de arbitraje y elabora publicaciones sobre el arreglo de diferencias respecto de las inversiones extranjeras, su función investigativa se amplía a las necesidades de los estados.

## **2. La normativa del sistema CIADI**

Sin ánimo de elaborar enunciaciones taxativas, el Sistema jurídico que aplican los tribunales CIADI se compone tanto de las fuentes de Derecho Internacional como de fuentes de Derecho Nacional. Pero, hay que tener en cuenta que el Derecho Internacional puede nutrirse de fuentes tales como “*Soft Law*”, otros precedentes de tribunales internacionales y de principios aplicables; entre las fuentes de mayor aplicación encontramos:

- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (“Convenio de Washington de 1965”).
- Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965.
- Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI.
- Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación) del CIADI.
- Reglas de Conciliación del CIADI.

---

<sup>8</sup> *Ibíd*, CIADI.

<sup>9</sup> *Ibíd*, CIADI.

- Reglas de Arbitraje del CIADI.
- Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (Reglas adicionales de facilitación).
- Los Tratados Bilaterales de Inversión que ha celebrado cada Estado, pueden encontrarse en: <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2323&lang=2>
- Los casos de los tribunales CIADI, que pueden encontrarse en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>
- Las disposiciones normativas de carácter interno de las autoridades de los estados como la Constitución, Leyes, Decretos y Resoluciones. Además, las Providencias Judiciales.
- Los Acuerdos, Contratos estatales, Arreglos, Concesiones, Licencias, Contratos comerciales de gran importancia que haya celebrado el Inversionista con las autoridades del Estado, incluso, aquellos que lo representen o les sean delegadas sus funciones.

### 3. El acceso al sistema CIADI

Hay varias condiciones esenciales para el acceso al arbitraje en el marco del Convenio del CIADI, lo cual se encuentra brevemente en el artículo 2(1) del Reglamento Institucional del CIADI; tales son:

- a) La disputa debe ser entre un Estado parte del CIADI y un individuo o compañía que califica como un nacional de otro Estado contratante del CIADI. (Competencia *ratione personae*, artículo 25(2) del Convenio de Washington)<sup>10</sup>

Por “Estado parte” puede comprenderse tanto el Estado que efectivamente ha ratificado el Convenio de Washington, como aquellas entidades sub-estatales o entidades territoriales que hacen parte del mismo y que el Estado autoriza para ser parte en una disputa ante los tribunales CIADI. La autorización puede darse de dos maneras: a) si el Estado anfitrión designa dicha entidad estatal como capaz de ser parte en el arbitraje CIADI o b) el Estado ha específicamente aprobado el consentimiento que otorga la subdivisión o agencia, o renunció a la aprobación de este derecho, bajo el artículo 25(3)<sup>11</sup>. Existe pronunciamiento de uno de los tribunales CIADI sobre este punto, en *Cable Televisión c. St.Kitts and Nevis*, en el cual el

<sup>10</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI). En <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

<sup>11</sup> REED, Lucy; Paulsson, Jan; Blackaby, Nigel. *Guide to ICSID arbitration* [Guía al Arbitraje CIADI]. Kluwer Law International. La Haya. 2004.

Tribunal aceptó que no podía ejercer jurisdicción al no haber designado o ratificado a *Nevis Island Administration* como capaz para ser parte a esta entidad subestatal.<sup>12</sup>

Respecto a las personas naturales, la clave se encuentra en la ciudadanía del individuo, la cual debe ser de un Estado parte del Convenio; por ejemplo, si un ciudadano francés ha realizado inversiones en los Estados Unidos, pero se ha nacionalizado como estadounidense o si adquiere la ciudadanía dual francesa-estadounidense, perderá el Tribunal CIADI su competencia, aún a pesar de que los Estados Unidos acuerden que dicha persona será francesa para efectos del Acuerdo.<sup>13</sup>

Cuando se trata de personas jurídicas, toda persona jurídica deberá ser nacional de un Estado parte del Convenio CIADI. Por eso, el Convenio adapta a las condiciones modernas este requisito, ya que una persona jurídica, a pesar de no tener la nacionalidad de un Estado parte del Convenio, podrá participar como reclamante ante los Tribunales CIADI si se comprueba que existe “control extranjero” de dicha persona, y quien ejerce dicho control es nacional de un Estado parte del Convenio, podrá acordarse que la persona jurídica, a pesar de haber sido constituida dentro del Estado anfitrión, será tratada como una persona jurídica extranjera para efectos del Convenio. La Jurisprudencia de los Tribunales del CIADI ha aclarado los conceptos de los términos “nacionalidad” y “control extranjero”, basándose en el artículo 25 del Convenio, como en los casos *Amco c. Indonesia*; *SOABI c. Senegal*; *LETSCO c. Liberia*; *Vacuum Salt c. Ghana*; *Autopista c. Venezuela* se ha aceptado, que aunque no exista un reconocimiento explícito de la persona jurídica con control extranjero como extranjera para efectos del CIADI por parte del Estado anfitrión, puede darse implícitamente al aceptar aquel Estado un acuerdo para someter futuras controversias ante el CIADI y en efecto se haya ejercido control extranjero sobre dicha persona jurídica y que este haya sido un control importante, así que puede pactarse: a) el inversionista es un nacional de un Estado parte del Convenio en vez de ser del Estado anfitrión, o b) que a pesar de que el inversionista es nacional del Estado anfitrión, es controlado por nacionales de otro Estado que es parte del Convenio de Washington para propósitos de la competencia de los Tribunales CIADI.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Ibid. REED.

<sup>13</sup> Ibid. REED.

<sup>14</sup> Ibíd, Reed.

- b) La diferencia debe considerarse como una controversia jurídica que surja directamente de una inversión. (Competencia *ratione materiae*).<sup>15</sup>
- c) Las partes contendientes deben tener su disposición de intereses por escrito en la presentación de su disputa al arbitraje del CIADI. El arbitraje no opera automáticamente por el solo hecho de que tanto el Estado del cual es nacional el Inversionista y el Estado anfitrión hayan ratificado el Convenio de Washington.<sup>16</sup>

El instrumento de disposición de intereses por escrito puede darse en forma de cláusulas arbitrales, acuerdos arbitrales en físico o por medio del intercambio de correo, fax u otros escritos. Sin embargo, no hay todavía pronunciamiento sobre si el correo electrónico puede considerarse como “consentimiento por escrito” para efectos del Convenio de Washington. En el caso concreto, se busca que la formalidad sobre la cual se entiende la disposición de intereses sea válida para ambas partes, sea por medio de certificaciones u opiniones legales que acrediten esto al momento de que tanto el inversionista como el Estado anfitrión llegan a un acuerdo de arreglo de disputas. Por otro lado, los Estados parte pueden restringir cuales controversias pueden someterse ante los Tribunales CIADI, al momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio o en cualquier otro momento posterior, sin perjuicio del consentimiento que se ha otorgado para someter una controversia particular ante los Tribunales CIADI, ya que este es irrevocable, una advertencia que señala el artículo 25(4). Por lo que no podría un Estado revocar indirectamente su consentimiento por medio de notificaciones sobre restricción de competencia al CIADI. Las notificaciones solo operan de forma retrospectiva o hacia el futuro.

Asimismo, el consentimiento genera un foro exclusivo para resolver la controversia que se somete ante el Tribunal CIADI, aunque los Estados pueden hacer salvedades respecto a que el inversionista deba primero agotar los recursos internos antes de acudir ante la Jurisdicción del CIADI. Trayendo una clase de competencia residual o subsidiaria al Tribunal CIADI.

El inversionista podrá transferir sus intereses contractuales a un tercero, por lo cual deberá buscar aprobación del Estado anfitrión para la transferencia de estos intereses, aún así, deberá

---

<sup>15</sup> *Ibíd.* CIADI.

<sup>16</sup> REINISCH, August y MALINTOPPI, Loretta. *Methods of Dispute Resolution [Métodos de Solución de Disputas]*. En: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER Christoph *The Oxford Handbook of International Investment Law [Manual de Derecho Internacional de las Inversiones]*. Oxford University Press. New York. 2008.

el sucesor de los intereses del inversionista satisfacer los requisitos de nacionalidad para tener capacidad para ser parte ante los tribunales CIADI.<sup>17</sup>

- d) Los requisitos a) y b) son imperativos, por lo que las partes no pueden modificarlos por acuerdo; siempre un Tribunal arbitral tendrá que analizar su competencia respecto a la persona y la materia.

#### **4. El acceso al arbitraje CIADI por medios no contractuales o indirectos**

Existe la posibilidad de iniciar un arbitraje CIADI aún a pesar de no existir un instrumento de disposición de intereses como un contrato, un acuerdo o una concesión en Contratación estatal; siempre que el Estado se manifieste de forma clara, mutua y escrita, es suficiente para establecer un arbitraje CIADI. Puede encontrarse esto en una legislación nacional del Estado, en un BIT<sup>18</sup> o en un Tratado Multilateral de Inversión. Al Inversionista sólo le basta para acceder a la Jurisdicción del Tribunal CIADI el aceptar la oferta que hace el Estado anfitrión, sea en escrito dirigido al Estado en cualquier tiempo o aplicando para un arbitraje en el CIADI.<sup>19</sup>

La oferta por medio de legislación nacional generalmente podrá expedir Leyes o Códigos bajo los cuales el inversionista interesado podrá iniciar un arbitraje sea bajo el Convenio de Washington o de las facilidades adicionales (estas últimas de preferencia para un inversionista que no tiene la nacionalidad de un Estado parte del Convenio), o por simple referencia al Convenio o a un BIT mediante el cual se disponga que se efectuará un arbitraje ante un Tribunal CIADI en caso de constituirse una disputa sobre inversiones. Asimismo, bajo esta situación el inversionista notificará a las autoridades estatales la aceptación de la oferta del ordenamiento jurídico nacional, con la advertencia de que la aceptación debe darse lo más pronto posible, ya que la oferta por parte del Estado anfitrión puede modificarse según lo haga su legislación.<sup>20</sup>

Por otro lado, los Tratados Bilaterales de Inversión o “*BIT*” por sus siglas en inglés, son instrumentos de Derecho internacional vinculantes para los estados que los celebran, con el objetivo de promover la cooperación económica, otorgar protección mutua de las inversiones que realizan los nacionales de ambos estados y mecanismos especializados de solución de disputas en caso de que algún inversionista de los estados celebrantes vea afectadas sus inversiones por actos tipificados dentro del mismo instrumento como proscritos y a qué ámbitos

---

<sup>17</sup> Ibid. REED.

<sup>18</sup> Bilateral Investment Treaty o Tratado Bilateral de Inversión.

<sup>19</sup> Ibid. REED.

<sup>20</sup> Ibid, REED.

de las inversiones se aplicará la protección y los mecanismos de garantía. El primer BIT se celebró entre la República Federal Alemana y la República Islámica del Pakistán en 1959, desde el cual han sido celebrados miles entre los estados del globo hasta la actualidad.

Normalmente un *BIT* comprende: a) el campo de aplicación del *BIT*; b) la definición de inversión que se califica como inversión; c) la ley aplicable; c) las protecciones sustantivas en materia de inversión; d) el acceso al arbitraje o a otras formas de solución de disputas.<sup>21</sup>

Los individuos que se pueden beneficiar de los *BIT* son las personas naturales y las jurídicas, nacionales, sea por remisión a la legislación interna de los estados o por ficciones jurídicas, como el control de un nacional de un Estado parte del *BIT* sobre una persona jurídica del Estado receptor de la inversión, a pesar de ser esta aparentemente nacional del Estado anfitrión de la inversión o de un Estado que no es parte del BIT e incluso si el inversionista no ejerce control sobre la persona jurídica y es una minoría en ésta.<sup>22</sup>

A pesar de no existir una definición unívoca sobre qué es “inversión” en los *BIT*, Reed, Paulsson y Blackaby relacionan lo que se puede comprender como tal, al esgrimir:

- a) Propiedad mueble o inmueble.
- b) Acciones, Bonos u otra forma de participación en una compañía o negocio empresarial.
- c) Relaciones contractuales, créditos.
- d) Propiedad intelectual.

Pueden ser inversiones aquellas que se efectúen posteriormente a la ratificación del *BIT* o incluso aquellas ya efectuadas al momento de haberse ratificado el *BIT*.<sup>23</sup> Pueden también otorgarse excepciones en las cuales no se aplicarán las protecciones que otorga el BIT.

Al observarse el auge de los BIT, el arbitraje CIADI fue reconocido en otros tratados, en esta ocasión, Multilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio, como ocurre con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN en el Capítulo 11 y el artículo 26 parte III del Tratado de la Carta Energética. Sin embargo, se observa bastante parecido entre las disposiciones de los Tratados Multilaterales de Inversión, así como las de los BIT.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> *Ibíd*, REED.

<sup>22</sup> *Ibíd*, REED.

<sup>23</sup> *Ibíd*, REED.

<sup>24</sup> *Ibíd*, REED.

## 5. El Mecanismo Complementario como nueva alternativa dentro del CIADI

Para la década de los 70, algunos estudios dentro de la organización como de la doctrina en general habían llegado a la conclusión de que la competencia del CIADI era aún limitada, debido a que únicamente podría tratar casos donde tanto el inversionista fuese nacional de un Estado parte del Convenio de Washington como lo debía ser el Estado receptor de su inversión. En consecuencia, en 1978, se crearon las Reglas Adicionales de Facilitación o comúnmente denominado “Mecanismo Complementario”, con el fin de ampliar las competencias bajo las cuales podrían organizarse los mecanismos de solución de disputas que tenía disponibles el CIADI, debido al problema de que algunas materias, a pesar del consentimiento de las partes, no podían ser conocidas por los tribunales CIADI o sus conciliadores. Así, el artículo 2 de las reglas dispone que:

- a) La Conciliación o Arbitraje de Disputas sobre Inversiones donde una parte es Estado parte del Convenio CIADI o es nacional de un Estado parte del Convenio CIADI.
- b) La Conciliación o Arbitraje de disputas jurídicas que no surge directamente de una inversión en la cual al menos una parte es Estado parte del Convenio CIADI o es nacional de un Estado parte del Convenio CIADI.
- c) Procesos de determinación de hechos entre un Estado y un nacional de otro Estado.

Es necesario que la materia de la cual se trata no sea una transacción comercial ordinaria, lo cual no ha sido un criterio determinante para la competencia sobre estos asuntos, a pesar de la ausencia de su definición.<sup>25</sup>

Los métodos que se llevan por las reglas adicionales de facilitación o mecanismo complementario, han sido importantes para la resolución de disputas como en las áreas de libre comercio como el TLCAN o Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en la cual hasta hace unos años, solamente los Estados Unidos hacían parte del Convenio de Washington y era necesario resolver por medio de arbitraje algunas disputas relacionadas con el Derecho de Inversiones, del cual trata el anexo 1120 del TLCAN. Pero, si las disputas existían entre Inversionistas canadienses y los Estados Unidos Mejicanos o Inversionistas mejicanos y Canadá, solo quedaba disponible el Arbitraje por las Reglas de la CNUDMI. Además, el mecanismo complementario le ha dado un impulso importante al CIADI como organización especializada en la protección de las inversiones extranjeras; sin embargo, no se encuentra eximida de desventaja, como es el hecho de que las reglas no dan el mismo carácter a las

---

<sup>25</sup> *Ibíd*, REINISCH.

decisiones que se toman bajo dichas reglas que las del Arbitraje y la Conciliación del Convenio de Washington. Por tanto, el CIADI solo procederá para aplicar las reglas de facilitación cuando los estados o el inversionista del Estado parte, hayan ratificado la Convención de New York de 1958 para asegurar su reconocimiento y ejecución. Aún así, el arbitraje que se lleva bajo las reglas adicionales tiene todo el soporte y experticia del CIADI.<sup>26</sup>

## EL PRINCIPIO O ESTÁNDAR DE NO DISCRIMINACIÓN

### 1. Los TBI y el Principio de No Discriminación

Ya las *conventions d'établissement* habían sido los primeros instrumentos para la adecuada cooperación económica. Posteriormente, los TBI, a pesar de tener una denominación “moderna”, tienen en común con las *conventions* el mismo objetivo: brindar una protección a la inversión. Los Tratados Bilaterales de Inversión regulan aspectos como los mecanismos de garantía en favor del inversionista extranjero, un tratamiento justo y equitativo e igual al de los nacionales, la posibilidad de transferir la inversión y sus rendimientos y la aplicación de una determinada legislación, la solución de controversias por árbitros y tribunales internacionales, de igual forma estos acuerdos de promoción y protección de la inversión se pueden llamar Tratados Bilaterales de Inversión o TBI.

En el caso de los acuerdos que promueven y protegen la inversión extranjera hay antecedentes marcados que permitieron la formación y evolución de los contenidos de lo que hoy se puede llamar la cláusula de nación más favorecida en los Tratados Bilaterales de Inversión, antecedentes que marcaron una diferencia significativa al pasar el tiempo y al evolucionar los modelos económicos, referencias conocidas desde las *conventions d'établissement* o Tratados de Amistad, Comercio y Navegación celebrados sobre todo en el siglo XIX, donde se reglamentaba la situación de las personas naturales o jurídicas, su seguridad y su bienes, el ejercicio de su profesión y actividad, su derecho de propiedad y la manera de arreglar sus diferencias. Estos tratados privilegiaron la aplicación de cláusulas del trato nacional a los extranjeros, desarrollando así el primer antecedente conocido de los TBI.<sup>27</sup>

El principio que consagra el tratamiento nacional y tratamiento de la nación más favorecida prevé que siempre se aplicará al inversionista y a todas las actividades ligadas a las

---

<sup>26</sup> *Ibíd*, REINISCH.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ, Liliana. Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección de la Inversión (APPI). En: *La inversión Extranjera en Colombia: Régimen Jurídico y Análisis Económico*, De Lombaerde, Philippe (Coord). Ediciones Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C. 1997.

inversiones. Si bien puede existir un trato diferencial entre nacionales y extranjeros, este trato diferencial no implica una violación directa al Principio de No discriminación, ya que un tratamiento discriminatorio no es lo mismo que un trato diferencial.<sup>28</sup> En los estudios de la OCDE en 1985, se habían reflejado que algunos países muestran una preferencia por la Cláusula de Nación más Favorecida, el caso de Bélgica y Suecia y otros por la Cláusula de Tratamiento nacional, para los casos de Francia y Alemania, prefiriendo así los países en desarrollo la Cláusula con el ánimo de poder controlar sus economías.<sup>29</sup> En definitiva, el Trato nacional es uno de los aspectos que normalmente se plantea en las mesas de negociación de los Tratados de libre comercio, dándose el compromiso de los países negociantes de reconocer a los inversionistas del otro país parte, así como a las inversiones de éstos, un trato no menos favorable que el otorgado a los nacionales del país receptor de la inversión. Dicho trato hace referencia a regulaciones aplicables a aspectos relacionados con su calidad de inversionistas y con su inversión.

El principio de igualdad de la inversión extranjera consiste básicamente en que la inversión doméstica nacional y extranjera reciben igual tratamiento.<sup>30</sup> A pesar de esto, el argumento de la igualdad de condiciones de los extranjeros frente a los nacionales de un país no es plenamente reconocido en algunos países latinoamericanos pues se piensa que se incluyen dos principios diferentes que buscan el mismo tratamiento a los nacionales de otros estados, sin que se otorgue un tratamiento especial a los extranjeros. La igualdad de condiciones pretende que los inversionistas participantes en un mismo mercado, se encuentren compitiendo bajo circunstancias y condiciones similares, sin tratos preferentes de ninguna clase.

La seguridad para el inversionista y su inversión es una de las variables que los inversionistas analizan a la hora de tomar una decisión. El concepto de "seguridad" en las negociaciones podría abarcar la seguridad jurídica referente a la aplicación de reglas procedimentales que protejan garantías mínimas reconocidas internacionalmente, como por ejemplo el acceso a la justicia y el respeto al debido proceso. Dentro de los aspectos que abarca el concepto de seguridad para los inversionistas, es también relevante que existan reglas claras en cuanto a

---

<sup>28</sup> CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisprudencia constitucional en su estructuración e interpretación. *Revista Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad del Rosario*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2005.

<sup>29</sup> *Ibíd*, RODRÍGUEZ.

<sup>30</sup> RUAN PERDOMO, Ana María; MARTÍNEZ ISAZA, María Adelaida y GAITÁN HERRERA, Gabriel. (). Régimen Colombiano. En: DE LOMBAERDE, Philippe (Coord) *La inversión Extranjera en Colombia: Régimen Jurídico y Análisis Económico*. Bogotá D.C: Ediciones Universidad Sergio Arboleda. 1997

las situaciones de hecho que permiten, bajo la ley interna de los países parte, que la propiedad privada sea objeto de expropiación o nacionalización. Derivado de lo anterior se requiere seguridad jurídica y transparencia en cuanto a la aplicación de dichas normas a las inversiones cubiertas por el TLC y en cuanto a los procedimientos e indemnizaciones que se originen en un proceso expropiatorio o de nacionalización. El marco de este compromiso se encuentra delimitado por las situaciones y circunstancias que se deriven de la condición de inversionistas, así como a aquellas aplicables a las inversiones de los inversionistas que sean nacionales de los Estados parte. Así, en un mismo mercado, los nacionales de las partes estarán jugando en igualdad de condiciones incluso frente a inversionistas de terceros países, no siendo posible que sus intereses se vean desconocidos o disminuidos debido a negociaciones que puedan presentarse entre Estados parte del TLC y terceros estados.

Así mismo, en las negociaciones los estados pueden discutir sobre el establecimiento de condiciones que permitan a sus inversionistas disponer y transferir los resultados de sus inversiones, sin que sobre las mismas se impongan procedimientos o cualquier otro tipo de barrera que afecte su derecho como propietarios de la inversión, así como a disponer sobre la misma y sus resultados. En adición a estos principios y reglas, es la transparencia que debe existir entre las partes negociantes del Tratado. En el texto mismo del Tratado se debe insistir en la claridad de los compromisos que las partes asumen, los aspectos de su legislación interna cuyas disposiciones no sufrirán cambio alguno en su aplicación, así como los procedimientos y reglas en general que se verán afectados en un futuro por los compromisos adquiridos.

## **2. Debate**

La Cláusula no ha estado libre de críticas, alguna doctrina trata el Principio demostrando una realidad sobre la Cláusula de la Nación más Favorecida, de hecho promueve una “guerra” entre los productos en libre competencia que producen los estados, llevando a la quiebra de algunos sectores económicos característicos de un Estado parte en los tratados que provienen el principio de nación más favorecida.<sup>31</sup> Como ejemplo, el TLCAN, uno de los tratados que se encuentra justificado precisamente por el Estándar del Trato de la Nación más Favorecida, solo ha beneficiado a unas cuantas empresas con repercusiones favorables mínimas en otros sectores de la sociedad. Alrededor de 300 empresas, casi todas transnacionales, son las responsables del 70 por ciento de las exportaciones totales. Sin incluir los productos de las

---

<sup>31</sup> DE LA PAZ, Gabriela. La guerra del campo. *El Norte-Monterrey*. 2003, 1 de enero. En: <http://busquedas.gruporeforma.com/elnorte/Pages/Buscaimpresa.aspx>

maquiladoras, son sólo 17 tipos de productos los que hacen posible el 60 por ciento de dichas exportaciones. Esto plantea un debate sobre si el Principio o el Estándar es más una utopía antes que una contradicción perjudicial.

## **EL PRINCIPIO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA O NO DISCRIMINACIÓN: LOS CASOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

Para iniciar el Análisis del Principio de la Nación Más Favorecida o No discriminación, la investigación tomó el rumbo de algunos casos CIADI de países americanos, debido a la afinidad de las legislaciones americanas en materia de protección de las inversiones extranjeras. Los casos que habían sido analizados corresponde a:

- *CMS Gas Transmission Company. c. Argentine Republic*, (LAUDO) Caso N° ARB/01/8.
- *CMS Gas Transmission Company. c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN) Caso N° ARB/01/8.
- *Azurix Corp. c. Argentine Republic*, (LAUDO) Caso N° ARB/01/12.
- *Azurix Corp. c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN) Caso N° ARB/01/12.
- *Sempra Energy International. c. Argentine Republic*, (LAUDO) Caso N° ARB/02/16.
- *Sempra Energy International. c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN), Caso N° ARB/02/16.
- *Aguas del Aconquija y Vivendi Universal (Compagine Générale des Eaux) c. Argentine Republic*, (LAUDO) Case N° ARB/97/3.
- *Aguas del Aconquija y Vivendi Universal (Compagine Générale des Eaux) c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN) Case N° ARB/97/3.
- *Wintershall c. Argentine Republic*, Caso N° ARB/04/14.
- *ADF Group Inc. c. United States of América*, Case N° ARB/00/1.
- (2003). *Mondev International Ltd. c. United States of América*, Case N° ARB/99/2.
- (2005). *Archer Daniels Midland Company. c. United Mexican States*, Caso N° ARB/99/2.
- (2006). *Fireman's Fund Insurance Company. c. United Mexican States*, Caso N° ARB(AF)/02/1.

- (2002). *Marvin Roy Feldman Karpa. c. United Mexican States*, Caso N° ARB(AF)/99/1.

## **CONCLUSIONES**

- A. El arbitraje internacional es hoy en día el mecanismo de resolución de conflictos o controversias más utilizado en materia de la protección de las inversiones extranjeras, ya que la posibilidad de poder acudir a un procedimiento como el arbitraje internacional se extiende como una garantía de neutralidad, como la protección frente a la posibilidad de una crisis económica del país receptor de la Inversión.
- B. El Sistema de arbitraje sobre conflictos relativos a inversiones extranjeras del CIADI, se desarrolla a partir de presupuestos contemplados en los Tratados Bilaterales de Inversión, siendo este un elemento hermético que priva de toda pretensión de control por vía de un tribunal nacional dentro de cada estado americano, aplicando un Tratado y Normas internacionales jerárquicamente superiores a las vigentes en cada país.
- C. Cualquier inversionista que puede accionar contra un Estado en función de una inversión sobre la que tiene un control efectivo. Las Inversiones pueden comprender: acciones o participación en sociedades, derechos contractuales relacionados con el cumplimiento de las obligaciones mismas de los tratados que contengan tales obligaciones, bienes inmobiliarios o propiedades, tangibles o intangibles adquiridos por previsión o usados con el propósito de beneficio económico u otros negocios, contratos de construcción o concesiones o contratos en que la remuneración depende de la producción, los ingresos o lucro de una empresa.
- D. Para los Tribunales CIADI es irrelevante si la responsabilidad del Estado anfitrión es por las actuaciones u omisiones de las autoridades gubernamentales o las subdivisiones político-administrativas o por las autoridades centrales. No valen las defensas de los Estados sobre si los reclamos que hacen los inversionistas tratan sobre contratos, siempre y cuando estos no sean simples contratos comerciales. Caso contrario es que en el Tratado se haya estipulado que solo se podrá reclamar ante un Tribunal Internacional por las actuaciones violatorias contra el Trato Nacional sobre algunas subdivisiones políticas enlistadas en el Tratado o en sus Anexos, caso en el cual al inversionista no le

queda otro camino sino hacer sus reclamaciones ante las Cortes locales; esto no implica que si la actuación está relacionada con el Gobierno central, éste pueda eximirse de responsabilidad.

- E. El Principio de la Nación más Favorecida exige que se debe tratar a los inversionistas o cualquier Parte y sus inversiones de forma no menos favorable que el trato o que da a sus inversionistas domésticos y sus inversiones, no solo en cuanto el “establecimiento” de las inversiones, sino también respecto a la “adquisición” inversiones adicionales, la “expansión” de la inversión ya establecida, la administración, conducta y operación de las inversiones una vez establecidas o adquiridas y la venta u otra disposición de las inversiones, por ejemplo, la liquidación de activos o la repatriación del producto neto. Puede decirse que los términos de “justo y equitativo”, “plena protección y seguridad” y “Estándar Mínimo de Trato” de las inversiones extranjeras sean comparables con dicho término, pero no se puede igualar al término “seguridad personal del extranjero” que se encuentra en el Caso *Neer*.
  
- F. La violación del Principio o Estándar del Trato de la Nación Más Favorecida o no Discriminación se efectúa cuando ha existido un trato discriminatorio de *jure* o de *facto*. No existe violación al Estándar de la Nación Más favorecida cuando no se ha demostrado que a alguna persona natural o jurídica, situada en una situación similar a la del inversionista, le sea otorgado un trato más favorable que aquel que tuvo el inversionista, respecto a la disposición y uso de productos. No puede alegarse un discriminatorio en un Proceso Judicial y por ende una violación al Estándar de la Nación más favorecida cuando los errores presuntamente cometidos no se alegaron en el momento que las normas procesales internas tenían destinada tal oportunidad para alegar dicho error.
  
- G. En cuanto al Trato Justo y equitativo. A pesar de no encontrarse la definición de tal concepto, este concepto es determinado por el Derecho Internacional. El Trato Justo tiene como objetivo fomentar la cooperación y el desarrollo económico, haciendo que esta sea implementada en un marco jurídico y político predecible, sin importar los vaivenes de la economía. Esto implica que el Tribunal pueda determinar si las medidas perjudican al inversionista a la luz de los compromisos legales hechos por el Estado anfitrión bajo la ley doméstica o Internacional. El Trato puede representarse como los derechos de un inversionista, cálculo de la tarifa en una moneda fuerte y convertir esta a moneda local, al

momento de la facturación de servicios públicos. Los Tribunales a veces equiparan el Estándar del Trato Mínimo con el Estándar del Trato Justo y Equitativo al considerar que no existe diferencia entre ellos, al ser ambos idénticos al Derecho Internacional consuetudinario.

- H. Para encontrar que ha existido una violación contra el Estándar de Trato Justo y Equitativo, hay que ir más allá de la consideración de si una conducta es buena o mala; diferentes son aquellas conductas arbitrarias, caprichosas, prejuiciosas inequitativas, injustas, sin debido proceso o idiosincráticas o las conductas marcadas por el favoritismo político, o el favorecer a una industria específica que compite en un mismo mercado con otra o por la nacionalidad. La discriminación *de facto* puede presentarse si es posible comprender que el ente estatal competente para hacer las devoluciones por impuestos de ley concede las peticiones para la devolución a inversionistas nacionales que no cumplen los requisitos y le niega la devolución al inversionista extranjero que tampoco cumple con tales requisitos. En Azurix se encontró que el incumplimiento del Estándar, sin mayores especificaciones sobre qué sentido comprende el término “seguridad” en las obligaciones de Plena Protección y Seguridad en un Tratado constituye la violación de las mismas, sin embargo en CMS parece diferenciarse el Trato Justo y Equitativo del Principio de la Nación más Favorecida.
  
- I. Para que exista expropiación indirecta o rampante, debe demostrarse un vínculo causal entre la afectación o transferencia de propiedad y la medida en cuestión y el título de propiedad; no es el simple hecho de esperar efectos adversos por una medida del Gobierno. Cuando se habla de expropiación se trata sobre la legitimidad de las medidas que toma el Gobierno del Estado anfitrión o sus subdivisiones políticas, las cuales deben perseguir un fin legítimo de interés público, mantener una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se persigue. No existe un umbral temporal sobre el cual pueda determinarse desde cuando una medida puede configurarse como expropiatoria, pero es distinto cuando son varias las medidas que se han acumulado con el tiempo. Sin embargo, las actitudes de descrédito o sabotaje por sí mismas no constituyen expropiación. Para que exista expropiación debe perderse el dominio efectivo y control sobre la inversión, como en el caso de las medidas de Tasas e Impuestos o medidas impositivas demasiado restrictivas. La expropiación se encuentra relacionada con el Trato Justo y Equitativo cuando se efectúa bajo las condiciones de la

privación de la administración, operación, mantenimiento, uso, disfrute, adquisición, expansión o disposición de las inversiones.

- J. El “estado de necesidad” bajo la Ley doméstica no es una excusa para alterar la esencia de derechos contractuales adquiridos; precisamente, el objetivo de los TBI es la búsqueda de la estabilidad en los periodos de crisis, solo una situación de colapso económico puede justificar su incumplimiento mas no una situación económica severa, la interpretación de tal estado no es autónoma. Los derechos pueden ser ajustados si ha existido enriquecimiento injusto. Puede aplicarse la teoría de la imprevisión si se aplican medidas en términos equitativos. No valen terminaciones unilaterales por el simple cambio de las condiciones contractuales, sino que la alteración del Contrato debe ser solicitada al Juez o Corte competente. El Estado de Necesidad bajo el artículo 25 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado sólo permite las medidas cuando sean las únicas procedentes para actuar frente a la crisis en la que se puede encontrar un Estado anfitrión; además, que no sea el mismo Estado quien haya dado su aporte para la conflagración de la crisis, por último, que haya afectado el interés de la comunidad internacional.
  
- K. Una normativa que discrimina en contra del inversionista extranjero que supuestamente busca ser por sí misma una medida de retaliación o de persuasión para con otro Estado parte de un Tratado, no suficiente. La modificación de una normativa debe tener un fin, lo cual tiene, pero debe ser proporcional al perjuicio sufrido, además de ser idónea para alcanzar dicho fin. Pueden encontrarse tales conductas normativas desproporcionadas en medidas de Tasas e Impuestos.
  
- L. Sobre las Cláusulas Paraguas, aquellas que se refieren a las medidas que no pueden ser descritas como unas simples cuestiones comerciales, todas se encuentran vinculadas a decisiones por parte del Gobierno. Sin embargo, una violación al contrato no constituye necesariamente violación a un Tratado a menos que simultáneamente viole un derecho u obligación protegida bajo un Tratado que garantice las inversiones. Se puede llegar a la convicción de que existe la violación a una cláusula paraguas cuando se estipularon obligaciones específicas de no alterar la estabilidad de un Contrato sin el consentimiento del inversionista.

M. El principio de No discriminación, como se presenta en los casos de la República Argentina, se encuentra disperso, heterogéneo, con algunas diferencias de posiciones respecto a la identidad del concepto o si dentro de su definición pueden o no incluirse otros elementos como: un marco estable de flujo de inversiones, libre de ambigüedades, mala fe y politización. En *Azurix Corp*, recibe el nombre de “Trato Justo y equitativo” y se encuentra íntimamente vinculado con la Obligación de Plena Protección y Seguridad. En *CMS Gas Transmission Company*, es analizado el principio, a pesar de la confusa negación sobre la existencia de una disposición que contemple tal Estándar, repite el factor de “estabilidad” como un Estándar de protección contra la arbitrariedad y discriminación, la cual equipara a Trato Justo, al aceptar como violatorias de este factor, que el resultado de las medidas en cuestión alteran la esencia de los derechos contractuales adquiridos o ha existido enriquecimiento injusto, asegura que la defensa de “emergencia económica” no es procedente sino en casos extremos, como en el caso de un colapso económico, pero no cuando se encuentra el Estado frente a una crisis severa y puede tomar múltiples medidas para solucionar dicha crisis, como en efecto se hizo al negociar con las industrias y gremios que se encontraban protegidos por la estabilidad contemplada en el TBI. En *Sempra Energy International*, se especifica que el Estándar busca que no se afecten las expectativas básicas que fueron tomadas en cuenta por el inversionista extranjero para hacer su inversión, sin embargo, separa este Estándar de la Obligación de Seguridad, de la cual se afirma, debe existir alegato expreso, e igual diferencia hace de la Discriminación, respecto a la cual no encuentra que exista cuando había existido un trato diferente entre industrias y gremios diferentes y nunca equiparables, descarta la defensa de “Estado de necesidad” cuando la crisis no ha alcanzado un grado alto de severidad y puede solucionarse por medio de múltiples mecanismos. Además, en *Wintershall* puede entenderse que el Principio del Trato de la Nación Más Favorecida puede aplicarse a la Administración de Justicia. Por último, en *Aguas del Aconquija*, se había entendido que la modificación del orden constitucional, no es excusa del incumplimiento del Estándar.

N. Respecto a Los Estados Unidos de América, el Principio se manifiesta como: en *ADF Group Inc.*, su prueba es de la parte que alega su violación y una de las formas más efectivas de demostrar tal, es probando la diferencia entre los costos en que incurre el inversionista extranjero en el país anfitrión en comparación con los costos en que incurriría normalmente un inversionista local para producir los mismos bienes y como esta

diferencia se manifiesta con los costos de producción del lugar de origen del inversionista extranjero, además, que la aplicación del Estándar o Principio del Trato de la Nación más Favorecida puede tener excepciones, si en los Tratados se consagran, por ejemplo, si tal aplicación no se puede exigir de las actuaciones de algunas autoridades del Estado que se encuentren enlistadas en el Tratado. En el caso *Mondev International Ltd.*, se amplía la definición y alcance de *Wintershall*, al entender que si tal vez el Tribunal CIADI no es un tribunal de apelaciones, si es posible que se efectúe la violación al Estándar por decisiones arbitrarias o sorprendentemente impropias o indignantes, bajo el entendido de que por regla general solo se tendrán en cuenta las alegaciones que ya se hayan efectuado en el Proceso interno, sin que esto implique que, por ejemplo, un alegato sobre la inmunidad de una institución pública o de un funcionario no sea procedente, ya que en todo caso debe tenerse en cuenta que puede hallarse una denegación de justicia. El Principio de Trato de la Nación Más Favorecida se equipara a Trajo Justo y Equitativo, el cual ha sido cristalizado de la Costumbre de Derecho Internacional Consuetudinario en los TBI; puede entenderse en este término o como Plena Protección y Seguridad, pero va más allá de “Seguridad Personal del Extranjero” como ocurrió en *Neer*, ya que este concepto va más allá de aquel y aún un Estado puede actuar de forma injusta e inequitativa sin actuar precisamente de mala fe. En *The Loewen Group* se habla de la falta de reconocimiento de un Derecho de orden internacional a la Apelación, es decir, que el caso pueda ser conocido por el Juez del superior que había conocido del mismo, aún así no puede alegar la falta de apelación cuando la parte tuvo la oportunidad de solicitarla y argumentarla, aunque sus apoderados decidieron no hacerlo, si tal vez la conducta procesal de la contraparte no fue la más adecuada; este es tan solo uno de los factores que incide en la determinación sobre si una decisión judicial es violatoria del Estándar.

- O. En cuanto a México, el Principio se evidencia como: en el caso *Archer Daniels* sobre las medidas impositivas, no basta con que se aplique el cobro de un impuesto a una empresa o todo un gremio empresarial que participa en el mercado y compite con productos sustitutos, cuando precisamente existe legislación que agrava la situación de aquellos productores extranjeros que se dedican a elaborar un producto sustituto contra la favorabilidad que se le da a un producto de otra empresa o gremio empresarial nacional o extranjero; por ejemplo, aplicar un impuesto a los productores de jarabe de maíz, a sabiendas de que estos si no todos son de procedencia extranjera, frente a los

productores nacionales de azúcar, en este caso se evidencia el trato menos favorable que se le otorga a los productores del primer gremio en comparación con aquellos del otro, lo cual atenta contra el Principio o Estándar de Trato Nacional o del Trato de la Nación más Favorecida; es por eso que hay que ir más allá de las apreciaciones simplemente formales, para conocer el mercado y la presencia de empresas nacionales en el mismo para concluir si existen “circunstancias similares” para la aplicación del Estándar de Trato. Pero la violación del Estándar del Trato no precisamente debe tomarse como una razón para alegar expropiación, ya que esta dependerá de la privación o interferencia sustancial del derecho de propiedad que tiene el Inversionista sobre sus inversiones. Sin embargo, como aclara *Fireman’s Fund Insurance*, no puede atribuirse responsabilidad al Estado anfitrión bajo reclamaciones de violación al Estándar de trato porque una inversión en el sector financiero no dio resultados, ya que cada inversionista debe conocer a qué riesgo se somete cuando invierte en estas operaciones, caso en el cual el Inversionista podía saber razonablemente que la institución financiera donde invirtió podría quedar ilíquida. Sin embargo, con alguna diferencia respecto a la admisibilidad de las reclamaciones, al considerarse que no es necesario agotar recursos internos si el trato otorgado va en contra del Derecho Internacional si en el Tratado no dispone que deban agotarse, como en *Marvin Roy Feldman Karpa*, es posible que no exista violación al Estándar por razones de Derecho o *De Jure*, puesto que se otorga competencia a una entidad estatal para efectuar descuentos en materia de impuestos, siempre que se cumplan los requisitos de Ley, por lo cual formalmente hay igualdad entre inversionistas extranjeros y nacionales, pero, puede presentarse discriminación *de Facto*, de la autoridad competente para hacer las devoluciones de Ley son concedidas a inversionistas nacionales y deniega estas devoluciones al inversionista extranjero en las “mismas circunstancias”, es decir, si tanto el inversionista nacional como el extranjero no cumplen con los requisitos de Ley, más aún, cuando se dan tratos favorables al inversionista nacional (como en los plazos de contestación de las peticiones), y se busca intimidar al inversionista extranjero, por ejemplo, con el inicio de procesos de auditoría precisamente cuando el inversionista extranjero acude ante el CIADI, cuando tales no se habían iniciado contra otros inversionistas en el mismo periodo “en las mismas circunstancias”; es en estos casos cuando el Estado anfitrión deben probar en contra de la presunción de “trato menos favorable” que ha probado el inversionista extranjero.

## BIBLIOGRAFÍA

DE LA PAZ, Gabriela. La guerra del campo. El Norte-Monterrey. 2003, 1 de enero. En: <http://busquedas.gruporeforma.com/elnorte/Pages/Buscaimpresa.aspx>

MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; Schreuer Christoph The Oxford Handbook of International Investment Law [Manual de Derecho Internacional de las Inversiones]: Oxford University Press. Nueva York. 2008. Págs. 692 a 720.

REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. Guide to ICSID arbitration [Guía al Arbitraje CIADI]. Kluwer Law International. La Haya. 2004. Págs. 1 a 110.

RUÁN PERDOMO, Ana María; MARTÍNEZ ISAZA, María Adelaida y GAITÁN HERRERA, Gabriel. (). Régimen Colombiano. En: DE LOMBAERDE, Philippe (Coord) La inversión Extranjera en Colombia: .Régimen Jurídico y Análisis Económico. Bogotá D.C: Ediciones Universidad Sergio Arboleda. 1997. Págs 159 a 170

SHAW, Malcolm N. (2006). International Law [Derecho Internacional].Cambridge University Press. 6th edición Cambridge. 2006, Págs. 944 a 948.

TALERO RUEDA, Santiago. Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones Básicas y Derecho Aplicable.Temis/Universidad de los Andes. Bogotá D.C. 2008. 12 a 368.

CIADI. Laudos Arbitrales:

*CMS GAS TRANSMISSION COMPANY. C. ARGENTINE REPUBLIC*, (LAUDO) Caso N° ARB/01/8, Presidente: ORREGO VICUÑA, Francisco. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Laudo de 2005.

*CMS GAS TRANSMISSION COMPANY. C. ARGENTINE REPUBLIC*, (ANULACIÓN) Caso N° ARB/01/8, Presidente: GUILLAUME, Gilbert. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Laudo de 2005.

(2005). *Azurix Corp. c. Argentine Republic*, (LAUDO) Caso N° ARB/01/12, Presidente: RIGO SUREDA, Andrés. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2005). *Azurix Corp. c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN) Caso N° ARB/01/12, Presidente: GRIFFITH, Gavan. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2007). *Sempra Energy International. c. Argentine Republic*, (LAUDO) Caso N° ARB/02/16, Presidente: ORREGO VICUÑA, Francisco. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2007). *Sempra Energy International. c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN), Caso N° ARB/02/16, Presidente: SÖDERLUND, Christer. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2000). *Aguas del Aconquija y Vivendi Universal (Compagine Générale des Eaux) c. Argentine Republic*, (LAUDO) Case N° ARB/97/3, Presidente: REZEK, Francisco. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2000). *Aguas del Aconquija y Vivendi Universal (Compagine Générale des Eaux) c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN) Case N° ARB/97/3, Presidente: FORTIER, L. Yves. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2008). *Wintershall c. Argentine Republic*, Case N° ARB/04/14, Presidente: NARIMAN, Fali. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

*ADF GROUP INC. C. UNITED STATES OF AMÉRICA*, Caso N° ARB/00/1, Presidente: FELICIANO, Florentino P. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011. Laudo de 2003.

(2003). *Mondev International Ltd. c. United States of América*, Case N° ARB/99/2, Presidente: STEPHEN, Ninian. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2005). *Archer Daniels Midland Company. c. United Mexican States*, Caso N° ARB/99/2, Presidente: CREMADES, Bernardo M. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2006). *Fireman's Fund Insurance Company. c. United Mexican States*, Caso N° ARB(AF)/02/1, Presidente: VAN DEN BERG, Albert Jan. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 6 de mayo de 2011.

(2002). *Marvin Roy Feldman Karpa. c. United Mexican States*, Caso N° ARB(AF)/99/1, Presidente: KERAMEUS, Konstantinos D. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 6 de mayo de 2011.

## **PLANTEAMIENTOS METAÉTICOS EN EL DISCURSO SOBRE LA MORAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

AUTOR: Julián Eduardo Prada Uribe  
FECHA DE RECEPCIÓN: Agosto 22 de 2011  
DIRECCIÓN: jprada85@hotmail.com

**RESUMEN:** Este artículo es el resultado de la investigación que, a partir del curso de «Filosofía del Derecho» a cargo del Doctor Eduardo Barbarosch, ha desarrollado el autor. En él se resumen algunas consideraciones sobre el discurso de la moral elaborado por la Corte Constitucional colombiana.

**PALABRAS CLAVE:** Metaética, Moral, Moral social, Corte Constitucional.

**ABSTRACT:** This article is the result of the research that, from the course «Philosophy of Law» conducted by Dr. Eduardo Barbarosch, the author has developed. It summarizes some considerations about the moral discourse prepared by the colombian Constitutional Court.

**KEYWORDS:** Meta ethics, Moral, Social moral, Constitutional court.

# PLANTEAMIENTOS METAÉTICOS EN EL DISCURSO SOBRE LA MORAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Julián Eduardo Prada Uribe\*

## Introducción

La Corte Constitucional se ha robustecido en el ámbito jurídico colombiano como garante y protectora de la Carta Política, asumiendo la prerrogativa de establecer límites al poder público y a los particulares. En este sentido, su discurso es la manifestación de una categoría privilegiada.<sup>1</sup>

Al hacerse evidente la condición de social y de derecho en el Estado colombiano, no solo se ratificó la jerarquía de la Constitución como norma de normas, sino como el primero de los instrumentos técnicos a su servicio.<sup>2</sup> La justicia constitucional es entonces una derivación lógica de la cualidad normativa de la Carta, orientadora del proceso político y de la vida en comunidad.<sup>3</sup>

No en vano, la hermenéutica constitucional ha desarrollado una gran cantidad de temáticas, entre las que conviene resaltar, en virtud a su naturaleza como sistema normativo de conducta humana e importante ejercicio académico, los pronunciamientos referentes a la noción de moral y, en especial, al carácter objetivo o no de sus reglas.<sup>4</sup>

---

\* Docente Facultad de Derecho de la Universidad autónoma de Bucaramanga, UNAB. Especialista en Derecho Comercial UNAB. Candidato a Doctor en Derecho Universidad de Buenos Aires, UBA.

<sup>1</sup> El Capítulo IV del Título VII de la Constitución Política se ocupa de la jurisdicción constitucional, estableciendo como máximo órgano a la Corte Constitucional. No obstante, pese a que formalmente tiene la misma jerarquía de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, en su actividad se ha instituido en la cima de los poderes públicos.

<sup>2</sup> GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo. La constitución como norma y el tribunal constitucional. Madrid: Editorial Civitas. 1991. p. 47. Citado por: GÓMEZ, Laureano. *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*. Bucaramanga: Editorial Universidad Autónoma de Bucaramanga. 2001. p. 206.

<sup>3</sup> La Corte Constitucional, en ejercicio de sus funciones, debe avocar la tarea de mantener intangible el programa político del constituyente, al tiempo que revisa su desarrollo legislativo, con base en una metodología dialéctico-jurídica que expresa las relaciones económicas y sociales vigentes en el Estado. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-006 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. V. t. GÓMEZ, Laureano. Ob. Cit. p. 207.

<sup>4</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis. 2001. p. 113.

A lo largo del presente trabajo se identificarán algunas de las más importantes corrientes metaéticas, para luego registrar la propuesta que realiza la Corte Constitucional acerca de la moral y, finalmente, llevar a cabo un breve análisis sobre su discurso.

### **Tendencias Metaéticas Contemporáneas**

La metaética es la disciplina que, a grandes rasgos, estudia el significado de los términos morales. No en vano, pretende responder a los siguientes interrogantes:<sup>5</sup> (i) ¿los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad?; (ii) ¿los hechos morales forman parte de la fábrica del universo?; (iii) ¿todos los seres humanos, en todos los contextos, tienen una respuesta unívoca acerca de las cuestiones morales?; y, (iv) ¿puede lograrse el acuerdo racional en asuntos morales?

Mientras que la primera pregunta establece una cuestión semántica y la segunda persigue argumentos de naturaleza ontológica, la tercera y cuarta pregunta versan sobre la objetividad de los juicios morales. Precisamente, en este último punto se concentra nuestra exposición.

Los discursos metaéticos contienen numerosas discrepancias. Esto puede conducir a la apariencia de que en filosofía moral no hay concepciones dominantes. Algunas veces el escenario es tan diverso como para creer que los autores no discuten respecto de lo mismo. No obstante, es prudente partir de la distinción habitual entre realismo y escepticismo, que son direcciones metaéticas, y no escuelas propiamente dichas.<sup>6</sup>

Todos empleamos conceptos morales, ya bien percibidos o inventados por un entramado de actitudes, convicciones y/o aspiraciones.

- Para los realistas, los juicios morales están directamente relacionados con hechos morales, al punto que sus propiedades forman parte de un mobiliario externo susceptible de corroboración.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> PETIT, Philipp. *Embracing Objectivity in Ethics*. Objectivity in Law and Morals. Brian Leiter (ed.). Cambridge: Cambridge University Press. 2001. p. 234. Citado por: MORESO, José Juan. *El reino de los derechos y la objetividad de la moral*. Diritti umani ed oggettività della morale. José Juan Moreso y Bruno Celano. Siena: Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali. 2003. p. 11.

<sup>6</sup> MORESO, José Juan. Ob. Cit. p. 21.

<sup>7</sup> Al punto que, cuando un sujeto no capta el valor positivo o negativo de un estado de cosas o de una acción, el sujeto está equivocado en su apreciación, al no haber desarrollado el punto de vista apropiado. BARBAROSCH, Eduardo. *Teorías de la Justicia y la Metafísica Contemporánea*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA. La Ley. 2007. p. 21-22.

- Para los escépticos, la moral es una práctica fundada en supersticiones metafísicas. Los criterios morales son proyecciones individuales sobre la realidad, de modo que son admisibles tantos como seres humanos existen.<sup>8</sup>

El asunto de la objetividad es quizá uno de los temas más complicados. Quienes defienden el realismo no están seguros de que una moralidad madura garantice respuestas absolutas y aceptación suficiente; y quienes están del lado del escepticismo suelen contestar en forma negativa a este punto, pero algunos han llegado a sugerir la ductilidad de lo objetivo, debido a que puede existir una medida de convergencia y, por tanto, un acuerdo racional conforme con varias moralidades ideales.

En la actualidad, R. Dworkin, de una parte, sostiene un realismo minimalista, que incorpora la noción de objetividad interna y advierte que en los casos difíciles existe solamente una respuesta correcta. R. Posner, de otra, colige un escepticismo moral pragmático, que asume la existencia de valores morales subjetivos pero formalizados en una sociedad.

El pensamiento metaético de R. Dworkin parte de considerar una versión del objetivismo moral, pero no se refiere a la objetividad externa, en donde los juicios tienen propiedades que no dependen del intérprete; sino que afirma la objetividad interna, esto es, la existencia de principios que determinan la corrección de los juicios morales.<sup>9</sup>

En la tesis de R. Posner, la verdad moral es siempre interna, pero cada sociedad puede erigir, en el plano del deber ser, unas proposiciones como correctas y otras como incorrectas.<sup>10</sup> En palabras suyas:

**“No hay ejemplo que muestre que alguien ha actuado moralmente mal, si se supone que ha actuado de forma consistente consigo mismo y esa**

---

<sup>8</sup> El escepticismo moral no alude a la negación de la moral, sino a la imposibilidad de su objetivación por: (i) la ausencia de conclusiones refutables; y, (ii) la imposibilidad de observar sus datos de análisis. BARBAROSCH, Eduardo. Ob. Cit. p. 21.

<sup>9</sup> En este sentido, R. Dworkin tampoco asume un criterio de verdad por correspondencia, sino de verdad por coherencia. DWORKIN, Ronald, *Objectivity and Truth: You'd better believe it*. Philosophy and Public Affairs. N° 25. Wilmington: Wiley Periodicals. 1996. p. 98-99. V. t. PÉREZ de la FUENTE, Oscar. *¿Es necesaria la teoría para decidir casos judiciales? Sobre la crítica del pragmatismo jurídico al derecho como integridad*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho. N° 13. Madrid: RTFD. 2010. p. 152 y ss.

<sup>10</sup> A pesar del potencial consenso, si no cabe hacer juicios objetivos en términos morales, sólo cabe hacer juicios subjetivos. PÉREZ de la FUENTE, Oscar. Ob. Cit. p. 148 y ss.

**consistencia es un principio de un código moral personal. Lo máximo que se puede decir sobre este tipo de persona, es que está actuando de forma contraria a las visiones morales sostenidas por la mayoría de las personas en su sociedad”.**<sup>11</sup>

Es importante citar también la alternativa planteada por J. Habermas en su teoría sobre la comunicación, que supone alcanzar criterios morales que incorporen verdad, corrección, veracidad y comprensibilidad a partir del consenso. La moralidad es entendida así como la proyección de juicios individuales en deliberación, no sumados sino intercambiados hasta alcanzar cierta objetividad.

**“La racionalidad puede comprobarse de modo inmediato de acuerdo con los problemas de justificación, que han de solucionarse discursivamente, y de modo mediato por los presupuestos institucionales dados para las pretensiones de validez y para una comprobación argumentativa. ¿Cómo se comprueba? Al conocer si una norma es problemática se ponen de manifiesto intereses susceptibles de generalización o de compromiso de forma tal que sea aceptada y preferida a la alternativa conocida, por parte de todos los afectados”.**<sup>12</sup>

S. Blackburn, entre tanto, asume el discurso moral como producto de un condicionamiento cultural de tiempo y espacio, que puede tolerar la convivencia con los preceptos de las minorías y que no pretende la universalización de sus proposiciones. Lo que potencia la modulación y aceptación de nuevas reglas morales.<sup>13</sup>

Por último, no sería razonable desconocer la objetividad concebida por I. Kant desde los postulados acerca de los imperativos categóricos;<sup>14</sup> ni la objetividad constructa que se percibe en el trabajo sobre la justicia de J. Rawls, que viene justificada por las garantías estructurales

---

<sup>11</sup> *Ibídem.*

<sup>12</sup> RUBIO CARRACEDO, José. *La objetividad moral. Por una metodología constructivo-dialógica.* Málaga: Universidad de Málaga. S.f. p. 118.

<sup>13</sup> FILLIA, Leonardo César. *La metaética de John Rawls en su teoría de la justicia.* En: <http://espaciosjuridico.com.ar/datos/AREASTEMATICAS/FILOSOFIA/metaetica.htm>.

<sup>14</sup> Si bien los juicios morales kantianos más básicos son imperativos y objetivos, ello no es necesariamente incompatible con la convergencia de otros preceptos. BARBAROSCH, Eduardo. Ob. Cit. p. 23. V. t. DOMINGO, Rafael (ed.). *Juristas universales. Juristas modernos. Siglos XVI al XVIII: de Zasio a Savigny.* Vol. II. Madrid: Marcial Pons. 2004. p. 652-658.

del procedimiento que transfieren dicha naturaleza a las conclusiones, no obstante que también resalta las limitaciones de su trabajo y la complejidad de las relaciones sociales.<sup>15</sup>

### **Discurso de la Corte Constitucional Colombiana sobre la Moral**

El discurso jurisdiccional tiene una característica evidente, su firmeza se comprueba sin mayores precipitaciones, resultando imperiosa la elaboración de un análisis completo de los fallos sujetos a un mismo escenario jurídico.<sup>16</sup>

En este sentido, la providencia fundadora de la línea de jurisprudencia constitucional que apunta al reconocimiento de la moral es la Sentencia C-224 de 1994, que asevera una distinción entre moral general y moral positiva, entendiendo la primera como aquella aceptada por todos los hombres en todas las épocas, y la segunda como la de cada pueblo en el momento particular de su devenir histórico.<sup>17</sup>

**“La moral es una, pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo”.**<sup>18</sup>

Más adelante, en la Sentencia T-503 de 1994 se sugirió que la moral consiste en aquellos principios, valores y virtudes elementales, aceptados por la generalidad de los individuos y que constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa.<sup>19</sup>

Por su parte, la Sentencia T-620 de 1995 definió la moral como un valor de interés general que, además de vincular a toda la comunidad, adopta ciertas reglas de conducta para el respeto mutuo de sus asociados y la consecución de la paz.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> De ahí que la teoría de J. Rawls restrinja su alcance a la estructura básica de la sociedad estudiada y que se declare abierta al cambio según se modifiquen los ideales de la persona y de la sociedad. RUBIO CARRACEDO, José. Ob. Cit. p. 124.

<sup>16</sup> La lectura de decisiones judiciales individuales, sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar al investigador a una radical dispersión y ausencia de contenido. LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Segunda edición. Bogotá: Legis. 2008. p. 139 y ss.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía. V. t. Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. V. t. Corte Constitucional. Sentencia T-917 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 1992. M.P. Jorge Arango Mejía

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-503 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-620 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

El veredicto relativo a la eutanasia, apreciado en la Sentencia C-239 de 1997, a su turno convino en que la resignación justificable y dignificante por una inconvencible fe, no puede asentarse como norma de conducta, pues de nadie puede el Estado demandar heroísmo, menos aún cuando su interés se supedita a una creencia religiosa o a una actitud moral que, bajo un sistema pluralista, solamente puede revestir el carácter de opción.<sup>21</sup>

Asimismo, de conformidad con la Sentencia C-404 de 1998, se advirtió que las normas jurídicas suelen reflejar los principios morales que comparten las mayorías representadas en el cuerpo legislativo. Lo que no significa la ausencia o el desconocimiento de los juicios morales de las minorías.<sup>22</sup>

La Sentencia C-814 de 2001 resume el pensamiento de la Corte Constitucional, indicando en su momento que, si bien se ha desestimado la recepción jurídica de sistemas morales particulares, en contraste se ha ratificado una noción de moral social.<sup>23</sup>

Del mismo modo, en la Sentencia T-1083 de 2002 se plantea la moralidad como un elemento adicional al proceso de armonización de los derechos constitucionales, previniendo que un código moral determinado no se arrogue como obligatorio para la colectividad.<sup>24</sup> De hecho, las sociedades actuales se conforman por grupos humanos con cosmovisiones distintas, en donde, según resuelve la Sentencia C-301 de 2004, el primado constitucional propende por la individualidad como barrera ante las convicciones homogenizantes que tienden a imponer una perspectiva del mundo con base en prejuicios y supuestos de verdad.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-404 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz. V. t. Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería. V. t. Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>23</sup> Como conductas inmorales calificadas por la Corte Constitucional se pueden citar el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, entre otros. Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. V. t. Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. V. t. Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería. V. t. Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>24</sup> Lo anterior, por cuanto los códigos morales religiosos, en tanto que se soportan en la distinción bueno/malo de acuerdo con los parámetros de su propio criterio, al aplicársele a otras comunidades religiosas o, en general, a quienes no comparten dicha postura religiosa, supone calificarlos de manera negativa. Es decir, se señala negativamente su propia opción de vida, con la consiguiente restricción de la libertad. Corte Constitucional. Sentencia T-1083 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>25</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Finalmente, la Sentencia C-1175 de 2004 prevé un orden social y moral plural, y la Sentencia C-350 de 2009 deja claro que el concepto de moral, en un ambiente pluriétnico y multicultural, adquiere un especial grado de indeterminación.<sup>26</sup>

## Conclusiones

Las consideraciones sobre la moral por parte de la Corte Constitucional se encuentran soportadas en argumentos tendentes a un aparente estado natural de objetividad, según los cuales, existe una moral común que representa el mínimo indispensable para todas las sociedades; pero también se hace evidente la participación de una serie de morales vocacionales que, habiendo provenido de relaciones individuales y/o colectivas específicas, antes que controvertir aquella moral general, la complementan.<sup>27</sup>

En efecto, la corriente metaética impresa en los fallos examinados se orienta al realismo moral y la objetividad, reconociendo la inmanencia de valores cimentados en el principio de la dignidad humana. No obstante, en menor medida se reivindican algunas premisas del escepticismo, apreciando la diversidad y subjetivización de los juicios morales.

La incorporación de lo escéptico frente a la tendencia realista es solucionada con la evasiva para ofrecer un significado de la moral. La Corte prefiere asumir la noción de moral social, que describe como el consenso no absoluto acerca de lo moralmente correcto y de lo moralmente incorrecto. A partir de lo que se colige:

- Un consenso negativo: está en manos de cada persona dar sentido a su existencia, pero una vez lo hace, adquiere ciertos compromisos. Sin embargo, la sociedad rechaza aquellos planes de vida moralmente incorrectos.<sup>28</sup>
- Un consenso positivo: las sociedades se desarrollan en distintos escenarios, lo que significa institucionalizar convenciones morales particulares, que no necesariamente coinciden con las de otras sociedades.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1175 de 2004. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. V. t. Corte Constitucional. Sentencia C-350 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>27</sup> En las consideraciones de la Corte Constitucional colombiana se dejan entre ver argumentos de orientación kantiana y neokantiana, por ejemplo, son constantes las citas a las obras de G. del Vecchio y L. Recasens Siches.

<sup>28</sup> El propósito de aniquilar grupos étnicos, traficar personas o esclavizar, por ejemplo.

- Un punto de indeterminación: los conceptos morales sufren de vaguedad. Dado que los criterios morales atienden a una sociedad en particular, no hay esperanza de que estos puedan determinar todas las acciones humanas.<sup>30</sup>
- Un punto de relatividad: la universalización de los juicios morales no reconoce en el acuerdo subjetivo una propiedad que confiera a dichos valores la certeza del conocimiento objetivo.

---

<sup>29</sup> Si una comunidad con pocos recursos deja morir a sus ancianos cuando alcanzan determinada edad, puede llegar a considerarse moralmente correcto en tales condiciones de extrema escasez pero, en cambio, puede colegirse incorrecto si sucediera en una comunidad con abundancia de recursos. PATZIG, Günther. *Ética sin metafísica*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Alfa. 1975. p. 78-79.

<sup>30</sup> MORESO, José Juan. Ob. Cit. p. 32.

## BIBLIOGRAFÍA

BARBAROSCH, Eduardo. *Teorías de la Justicia y la Metafísica Contemporánea*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA. La Ley. 2007.

BLANCO MIGUÉLEZ, Susana. *Objetividad en el derecho y en la moral*. En: *Objectivity in Law and Morals*. Brian Leiter (ed.). Cambridge: Cambridge University Press. 2001.

CARACCIOLO, Ricardo. *Realismo moral vs. Positivismo jurídico*. *Analisi e diritto*. 2000. En: [www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi\\_2000/caraccio.pdf](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2000/caraccio.pdf).

DOMINGO, Rafael (ed.). *Juristas universales. Juristas modernos. Siglos XVI al XVIII: de Zasio a Savigny*. Vol. II. Madrid: Marcial Pons. 2004. p. 652-658.

FILLIA, Leonardo César. *La metaética de John Rawls en su teoría de la justicia*. En: <http://espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREASTEMATICAS/FILOSOFIA/metaetica.htm>.

GARCÍA NORRO, Juan José. *Una extraña defensa del realismo moral*. *Anales del Seminario de Metafísica*. N° 26. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 1992. p. 227-231.

GÓMEZ, Laureano. *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*. Bucaramanga: Editorial Universidad Autónoma de Bucaramanga. 2001.

HERNAN-PÉREZ MERINO, María Teresa. *El problema de la objetividad en la Ética. Un estudio de la polémica objetivismo/subjetivismo en la Ética a través del análisis de las obras de J. L. Mackie y F. V. Kutschera*. Tesis Doctoral dirigida por el Dr. Juan Miguel Palacios. Madrid: Facultad de Filosofía y Educación. Universidad Complutense de Madrid. 1991.

LAFONT, Cristina. *Realismo y constructivismo en la teoría moral kantiana: el ejemplo de la ética del discurso. Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. Vol. 27. Madrid: Instituto de Filosofía del CSIC. 2002. p. 115-129.

LÓPEZ de LIZAGA, José Luis. *Ética del discurso y realismo moral. El debate entre J. Habermas y C. Lafont*. *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*. Vol. 41. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Filosofía. 2008. p. 65-85.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Segunda edición. Bogotá: Legis. 2008.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis. 2001.

MORESO, José Juan. *El reino de los derechos y La objetividad de la moral*. Diritti umani ed oggettività della morale. José Juan Moreso y Bruno Celano. Siena: Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali. 2003.

PATZIG, Günther. *Ética sin metafísica*. trad. de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Alfa. 1975.

PÉREZ de la FUENTE, Oscar. *¿Es necesaria la teoría para decidir casos judiciales? Sobre la crítica del pragmatismo jurídico al derecho como integridad*. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N° 13. Madrid: RTFD. 2010. p. 141-184.

PLATAS MARTÍNEZ, Arnaldo. *Una lectura a las críticas del escepticismo ético desde la visión de Ronald Dworkin*. Xalapa: Universidad Veracruzana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. S.f. En: [www.letrasjuridicas.com/Volumenes/18/platas18.pdf](http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/18/platas18.pdf).

RIVERA LÓPEZ, Eduardo. *De la racionalidad a la razonabilidad. ¿es posible una fundamentación epistemológica de una moral "política"?*. *Critica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*. Vol. XXIX. N° 86. México D. F.: UNAM. Instituto de Investigaciones Filosóficas. 1997. p. 53-81.

RUBIO CARRACEDO, José. *La objetividad moral. Por una metodología constructivo-dialógica*. Málaga: Universidad de Málaga. S.f.

RAMÍREZ CALLE, Olga. *La pregunta por la verdad de los enunciados morales y la búsqueda de una fundamentación realista de la moral*. *Episteme NS*. Vol. 28. N° 1. Caracas: UCV. Instituto de Filosofía. 2008. p. 89-114.

SINGER, Peter (ed.). *Compendio de Ética*. Madrid: Alianza Editorial. 1995.

VECCHIO, Giorgio del. *Filosofía del Derecho*. Tomo I. México D. F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. 1946.

VECCHIO, Giorgio del y RECASENS SICHES, Luis. *Estudios de Filosofía del Derecho*. México D. F.: UTEHA. 1946.

VALDECANTOS, Antonio. *Realismo ético y experiencia moral. Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. Vol. 17. Madrid: Instituto de Filosofía del CSIC. 1997. p. 107-125.

## LA CONSTITUCIÓN DEL SOCORRO DE 1810 ¿PRIMERA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA?

AUTOR: Mauricio Enrique Rodríguez Delgado  
FECHA DE RECEPCIÓN: Septiembre 14 de 2011  
DIRECCIÓN: mauriciorodriguez40@hotmail.com

**RESUMEN:** Este texto se refiere a la tesis que confiere rango de Constitución al acto cumplido en el Socorro en agosto de 1810. Mediante la aplicación del modelo institucionalista para el análisis de una Constitución propuesto por Pedro A. Díaz Arenas, se demuestra que efectivamente la Constitución del Socorro es una Constitución y en ese orden de ideas la primera de Colombia.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución, Constitucionalismo, Historia, Historia Constitucional, Análisis Constitucional, Análisis institucional de una Constitución, Derecho Constitucional, Derecho Público.

**ABSTRACT:** This paper refers to the thesis that the Constitution confers range in Socorro met act in August 1810. By applying the institutional model for the analysis of a constitution proposed by Pedro A. Díaz Arenas, effectively demonstrates that the Constitution is a constitution Relief and in that vein the first of Colombia.

**KEY WORDS:** Constitution, Constitutionalism, History, Constitutional History, Constitutional Analysis, Constitutional Law, Public Law.

# LA CONSTITUCIÓN DEL SOCORRO DE 1810 ¿PRIMERA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA?

Mauricio Enrique Rodríguez Delgado\*

## A MANERA DE INTRODUCCIÓN

De la tesis de Hans Kelsen<sup>1</sup> que prescribe que las constituciones se originan en actos que dada su eficacia generarán el sistema jurídico subsiguiente, podemos afirmar que, de acuerdo a Restrepo Piedrahita<sup>2</sup>, el Acta Constitucional del Estado Libre e Independiente del Socorro, se erige como un acto preconstitucional y así mismo y consecuentemente, en nuestro sentir, en la primera Constitución del país. Es así en la medida en que mediante un acto político declarativo que pretende convertirse en norma jurídica superior, se desprende el principal de la organización de la sociedad: la Constitución. Es que la visión de los padres fundadores, previó que sería necesario organizar básicamente el poder y determinarlo para efectos de su administración a través del Estado.

Para el estudio de la Constitución, en contracorriente a la visión mayoritaria de la doctrina, el profesor Pedro Agustín Díaz Arenas, ha propuesto una diferente de este acto constitutivo. La Constitución para Díaz Arenas, a diferencia de las visiones tradicionales en las cuales establecen el análisis desde las dos partes de una Carta -la parte dogmática y la parte orgánica-, la Constitución puede ser observada o estudiada desde otra mirada, y propone el profesor Díaz que se haga desde un elemento ideológico, uno orgánico, uno material y otro

---

\*Docente facultad de Derecho UNAB. Magister en Derecho Público Universidad Externado de Colombia; Especialista Derecho Público convenio UNAB-Universidad Externado de Colombia; Especialista en Docencia Universitaria, UNAB. Candidato a Doctor Universidad Alcalá de Henares.

<sup>1</sup> Kelsen al observar que la fuente de validez de una norma jurídica es otra norma jurídica, y al afirmar que la Constitución es una norma jurídica, se encuentra en un callejón sin salida pues de esta tesis surge irreductiblemente que la fuente de la Constitución sería otra norma jurídica y así *ad infinitum*; propone entonces que el origen de la Constitución es una norma hipotética o ficticia denominada *Grund norm* o norma madre, la cual es el acto que la genera y que existe en la medida en que el sistema jurídico generado por ella sea eficaz. Valga la aclaración de que la mayoría de los doctrinantes encuentran el origen de la Constitución en un acto de carácter político como un pacto político o contrato social, o en unas capitulaciones o tratado de paz que ponen fin a un conflicto armado, o en el triunfo de una revolución o de un golpe de Estado, todos ellos actos de carácter político, que contradicen la Teoría Pura del Derecho, la cual intenta mostrar la norma pura de todo contenido extrajurídico.

<sup>2</sup> Al respecto, Vila Casado afirma que “Discrepa de esa tesis el profesor Restrepo Piedrahita quien, aunque admite la importancia histórico política del documento, no lo reconoce como verdadera constitución; solo le da el alcance de documento protoconstitucional”. En, IVÁN VILA CASADO. *Nuevo Derecho constitucional. Antecedentes y fundamentos*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 158.

social y se examine más a fondo la Constitución, análisis que el autor denomina como institucionalista.

Debemos advertir que para gran parte de los constitucionalistas nacionales, el constitucionalismo colombiano nace a partir de las primeras constituciones comarcanas o provinciales. Es así como, según esta visión, la primera Constitución sería la de Cundinamarca de 1811<sup>3</sup>, puesto que como aglutinó a las provincias centrales del territorio colombiano actual, sería esta la primera de ellas y de ahí partiría el constitucionalismo patrio.

Sin embargo, el profesor Iván Vila Casado, siguiendo al historiador Horacio Rodríguez Plata y al jurista Diego Uribe Vargas, sostiene que el Acta constitucional del Socorro "... contiene los elementos propios de una constitución moderna, lo que la convierte en la primera constitución escrita de la Nueva Granada y de todo el continente iberoamericano..."<sup>4</sup>.

En nuestra historiografía constitucional se ha dejado de lado, por ejemplo, el Acta Constitucional del Socorro de 1810, pues pareciera que fuese un documento más de nuestra extensa historia constitucional y muy pocos estudiosos de estos temas se han detenido a reflexionar sobre la forma y el contenido del documento del Socorro de 1810. No obstante, Díaz Arenas ha explorado la historia constitucional colombiana y ha concluido que con las Capitulaciones comuneras es que verdaderamente se inicia nuestra historia constitucional, y que con la ayuda de los métodos por él descritos, podríamos en este corto escrito afirmar que la del Socorro, si bien no es un texto constitucional como los actuales, sí es un elemento importantísimo en el decurso del constitucionalismo colombiano, ya que genera a su vez las bases de algunas de las constituciones posteriores<sup>5</sup>, y establece los principios estructurales del Estado colombiano, que se destacarán en casi todas las constituciones republicanas del siglo XIX.

Entonces la importancia en sí del Acta Constitucional del Socorro es a todas luces innegable, en razón a que, se repite, establece por un lado una transformación radical en lo que respecta al origen del poder y por otro y siguiendo la misma línea, va de la mano con las concepciones liberales de la época, inaugurando en la conciencia de la clase dirigente la necesidad de unos

---

<sup>3</sup> CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA. *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 29.

<sup>4</sup> IVÁN VILA CASADO. *Nuevo derecho constitucional. Antecedentes y fundamentos*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 158.

<sup>5</sup> Op. Cit. Por ejemplo, como bien lo expresa Carlos Restrepo Piedrahita "... Ella [el Acta Constitucional del Socorro] sirvió en gran parte de modelo para la elaboración de la Constitución de Cundinamarca de 1811...".

acuerdos mínimos para efectos de llevar a cabo el proyecto político de la sociedad, que se impone en los documentos constitucionales.

Por último, ayudados por la propuesta del profesor Pedro Agustín Díaz Arenas, se examinará el contenido de cada uno de los cánones del Acta, y se intentará concluir que efectivamente es un documento constitucional y que como tal es el primero de su tipo elaborado en Colombia.

## **1. SOBRE EL ANÁLISIS DE LAS CONSTITUCIONES**

1.1. Usualmente, la doctrina constitucional de este y de casi todos los países del mundo occidental, consideran el análisis de una Constitución desde dos miradas: Por un lado desde su parte dogmática, y por el otro, desde su parte orgánica o estructural.

1.1.1. La parte dogmática de la Constitución está compuesta por todos aquellos principios generales, declaraciones, ideologías, enunciados axiológicos, etc., que aparecen en la mayoría de los textos constitucionales: la invocación a Dios, la búsqueda de la felicidad, la democracia, la justicia, la participación, la ideología económica y que establecen el marco ideológico dentro del cual se moverá la sociedad a partir de su declaración constitucional. Entonces el análisis de la Constitución se hace siguiendo estos principios e ideologías y de ahí se entresaca el sentido de la Carta, que posteriormente dirigirá el análisis de la parte orgánica. Ordinariamente, la parte dogmática la encontramos en el Preámbulo constitucional y en sus primeros artículos, lo que no obsta, para que a lo largo del texto se hallen invocaciones principialísticas y las ideologías que alimentaron a los constituyentes.

1.1.2. Y en segundo lugar, la parte orgánica o estructural, en la cual la Constitución establece la estructura del poder y del Estado, con todas sus ramas, órganos, autoridades y las correspondientes funciones. Es decir, al realizar el análisis de esta parte de la Carta, el estudioso se detiene en la estructura del Estado, enmarcada por la parte dogmática, y colige, por ejemplo, el modelo de Estado, el régimen de gobierno, la forma de gobierno, etc.

1.1.3. Es en esta parte de la Constitución en la que tradicionalmente nos hemos quedado, lo que ha generado un análisis incompleto del magno texto, pues este

estudio se dirige más a su forma que a su fondo, es decir, razones de tipo político y en menor medida jurídico, nos han llevado a mirar la Constitución como un mero programa político y como un conjunto de normas que juridizan este programa. De ahí que podríamos afirmar que desde esta mirada la Constitución no es normativa sino meramente programática, dejando a la ley del Congreso su aplicación<sup>6</sup>.

- 1.2. El maestro Pedro Agustín Díaz Arenas ha propuesto el análisis institucional<sup>7</sup> de la Constitución, entendida esta como sistema jurídico político de instituciones, que abarca aún más los contenidos y las formas de la Carta. A propósito de las instituciones ha dicho que "... Las instituciones, cualquiera que sea su naturaleza, son ordenamientos sociales que buscan prevenir o resolver un problema de una forma continua o garantizar la conservación de una solución que en su momento se juzga adecuada..."<sup>8</sup> y respecto a la Constitución como sistema de instituciones manifiesta: "... [N]os interesa constatar el carácter vertebrado de las instituciones de modo que se estructuran en un todo, en una formación social o dentro de un régimen político. En términos jurídicos, esta convergencia ha sido denominada el 'ordenamiento nacional', cuyo núcleo es el orden constitucional..."<sup>9</sup>

Para este propósito ha establecido que este análisis de la Constitución se haga a partir de los siguientes elementos:

- 1.2.1. **Elemento ideológico:** Las ideas y valores presentes en la Constitución. Al respecto, Díaz Arenas sostiene que se entiende por ideología, "... las conceptualizaciones sociales que dinamizan y encubren dentro de un régimen político..."<sup>10</sup>, y respecto a las conceptualizaciones sociales que "... se abarca el

---

<sup>6</sup> Dentro de las clasificaciones de las constituciones existe una que las tiene, desde el punto de vista de su aplicabilidad, como programáticas o como normativas: La primera, se refiere a que la Constitución es un mero programa político y su aplicabilidad y vinculación se defiere a la ley; la segunda, considera a la Constitución como una verdadera norma jurídica y en ese orden de ideas sus contenidos se aplican directamente y vinculan a todos en el Estado, incluso el preámbulo es considerado vinculante, como se expresa en la sentencia C-479 de 1992, con ponencia de los magistrados Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández.

<sup>7</sup> PEDRO AGUSTÍN DÍAZ ARENAS. *Estado y Tercer Mundo. El constitucionalismo*, Bogotá, Temis, 1997, p. 173.

<sup>8</sup> Op. Cit. p. 177.

<sup>9</sup> *Ibidem* p. 177.

<sup>10</sup> Op. Cit. p. 180.

conjunto de ideas, creencias, valores y actitudes que se integran en un todo psico-volitivo más o menos coherente y omnicompreensivo...”<sup>11</sup>.

1.2.2. **Elemento orgánico:** Tiene que ver con la estructura del poder en cada Estado que ha sido establecido en la Constitución y que tiene una relación directa con la ideología predominante. Es decir, la traducción formal de la ideología es la organización del poder y por ende del Estado y conceptos tales como régimen de gobierno, forma de Estado y forma de gobierno, por ejemplo, son representaciones del elemento orgánico.

1.2.3. **Elemento material:** Se centra en los intereses económicos percibibles en la Constitución y son deducidos de las instituciones puesto que “...sirven a situaciones reales de poder y a intereses económicos concretos...”<sup>12</sup>

1.2.4. **Elemento social:** El sentido social de las constituciones tiene que ver con la consagración de intereses más generales que abarquen a la mayor parte de la población. De igual forma, constituyen toda una serie de alcances y reivindicaciones sociales que benefician a la mayoría.

Como se observa y después de esta somera explicación sobre análisis constitucional, el institucional es el que más se acerca al fondo mismo de la norma constitucional y a partir de él iniciaremos el estudio del Acta constitucional del Estado Libre e Independiente del Socorro, no sin antes referir el mismo análisis a las Capitulaciones comuneras, realizado por el profesor Díaz Arenas.

## 2. LAS CAPITULACIONES DE ZIPAQUIRÁ. Antecedente constitucional

Coincidiendo con Restrepo Piedrahita<sup>13</sup>, Díaz Arenas cree que el constitucionalismo colombiano se inició con la elaboración de las Capitulaciones; es así como manifiesta que,

“... las capitulaciones (sic) tienen un sentido jurídico. Ciertamente estas carecen, por defecto y por exceso, de las formas de que hoy carecería una Constitución. Pero a la luz del análisis institucionalista encontramos en ellas los componentes estructurales del

---

<sup>11</sup> Ibídem, p. 180.

<sup>12</sup> Op. Cit. p. 192.

<sup>13</sup> RESTREPO PIEDRAHITA. Op. Cit. p. 29

constitucionalismo más reciente; el método estructural, según esta orientación, nos impone buscar en el contenido capitular el elemento ideológico, el material, el social y el organizativo...”<sup>14</sup>

- 2.1. **El elemento ideológico:** Encontramos en ellas las ideas y valores del común, como son los principios comuneros de liberación, participación y solidaridad<sup>15</sup>.
- 2.2. **El elemento material:** Están impregnadas de intereses particulares y sectoriales<sup>16</sup>.
- 2.3. **El elemento social:** El diseño establecido era el del Estado de democracia comunal, reorientando al Estado hacia el bien común<sup>17</sup>.
- 2.4. **El elemento organizativo:** Las capitulaciones contienen solo pautas para lo que sería más adelante aceptado y como consolidación revolucionaria. Se excluyen los cargos de regente visitador, juez de residencias, fiscales como ejecutores, etc. Se acepta al monarca, al rey, pero no es soberano, la Real Audiencia, los supremos tribunales y los cabildos, el ejército del común, la Confederación, y se reforman algunos procedimientos administrativos<sup>18</sup>.

Como se observa, los elementos estructurantes de una Constitución aparecen en las Capitulaciones y de allí afirmamos que estas son fuente genitora del constitucionalismo colombiano, y por ende, de nuestro derecho público constitucional.

### 3. EL ACTO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO LIBRE E INDEPENDIENTE DEL SOCORRO

Gracias a la oposición generada por la desastrosa administración del corregidor Juan Valdés Posada, entre otras causas, el Socorro el día 10 de julio de 1810 expidió su Acta de Independencia, reemplazando a las autoridades coloniales y juzgando a su corregidor<sup>19</sup>. Entonces, treinta y cinco días más adelante, y conforme al acuerdo previo en el Acta, se reúnen los representantes el 15 de agosto de ese año, para así expedir el primer documento

---

<sup>14</sup> PEDRO AGUSTÍN DÍAZ ARENAS. *La Constitución política colombiana (1991) Proceso, estructuras y contexto*, Santafé de Bogotá, Temis, 1993, p. 11.

<sup>15</sup> Op. Cit. p. 12.

<sup>16</sup> Op. Cit. p. 13.

<sup>17</sup> Op. Cit. pp. 13-14.

<sup>18</sup> Op. Cit. pp. 14-15.

<sup>19</sup> LAUREANO GÓMEZ SERRANO. *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2001, p. 15.

constitucional de Colombia y que, creemos, es fundamento de las demás constituciones de nuestro país.

En primer lugar, respecto de la Capitulaciones comuneras, no encontramos una línea ideológica con este Acto constitucional de 1810, puesto que se rompe el sentido original, los derechos del común, que movió a gran parte de la población de todas las esferas sociales y que generó sus propios capitanes, es decir, el proceso comunero nace del común y va ascendiendo, mientras que los criollos ilustres de la provincia serán los principales promotores de la independencia, como en casi toda América hispana, que dadas las relaciones con la metrópoli, la situación de la monarquía española y Napoleón, dirigieron los objetivos hacia un escenario de liberación y de búsqueda de autonomía y, por ende, de soberanía.

Así las cosas, procedamos a mirar el Acto constitucional<sup>20</sup> desde la perspectiva del análisis institucional<sup>21</sup> y expresemos, de manera rápida, lo siguiente:

### **3.1. Elemento ideológico**

3.1.1. Federalismo: El federalismo es una forma de organización del Estado que se caracteriza porque las funciones principales del Estado (legislativa, ejecutiva, judicial y constituyente) son compartidas por cada una de las unidades políticas que lo conforman con el Estado federal. Recuérdese que federar es unir, por lo que se afirma que esta forma de Estado nace de la unión de unidades político-territoriales autónomas e independientes y estas le transfieren parte de su función estatal al Estado a que dan origen. Los constituyentes del Socorro se declaran revestidos de la autoridad necesaria a nombre de la sociedad para llevar a cabo las directrices señaladas en el Acta de Independencia y en ese orden de ideas, convocar a los demás pueblos que quieran unirse en esta gesta en igualdad de condiciones como Estado federado, desconociendo de paso el Consejo de Regencia español y declarando el autogobierno.

3.1.1.1. Segundo párrafo del preámbulo. "... En el propio acto deliberó convocar a los ilustres cabildos de la ciudad de Vélez y de la Villa de San Gil para que cada uno enviase dos diputados por el pueblo respectivo que, asociados a otros dos que elegiría (sic)

---

<sup>20</sup> Op. Cit. RESTREPO PIEDRAHITA, *Constituciones Políticas...* pp. 25-30. El texto del acto constitucional fue extraído de esta obra.

<sup>21</sup> Op. Cit. DÍAZ ARENAS, *La constitución política colombiana...* p. 25. De acuerdo con cuadro comparativo de las constituciones colombianas.

esta villa, compusiesen una junta de seis vocales y un presidente que nombrarían ellos mismos a pluralidad de votos [...] se halla legítimamente sancionado este cuerpo y revestido de la autoridad pública que debe ordenar lo que convenga y corresponda a la sociedad civil de toda la provincia, y lo que cada uno debe ejecutar en ella...”.

3.1.1.2. Canon 14. “... El gobierno del Socorro dará auxilio y protección a todo Pueblo que quiera reunirse a gozar de los bienes que ofrecen la libertad e igualdad que ofrecemos como principios fundamentales de nuestra felicidad...”.

3.1.1.3. Inicio del epílogo. “... No habiendo reconocido el Cabildo del Socorro al Consejo de Regencia, hallándose ausente su legítimo Soberano el señor don Fernando Séptimo, y no habiéndose formado todavía el Congreso Nacional compuesto de igual número de vocales de cada provincia para que reconozca y delibere sobre los grandes intereses del cuerpo social, y los de paz y guerra, reasume por ahora todos esos derechos... [...] Esta Provincia organizando así el suyo será respecto de los demás como su hermano siempre pronto a concurrir por su parte a la defensa de los intereses comunes a la familia...”.

3.1.1.4. Iusnaturalismo: El iusnaturalismo es la forma de pensamiento jurídico que considera que las fuentes del derecho se encuentran en la naturaleza. En la Edad Media la Escolástica formuló la tesis iusnaturalista más elaborada por conducto de Tomás de Aquino, quien afirmó que el derecho se encuentra en la naturaleza que ha sido creada por Dios y que el hombre, mediante la razón lo descubre y lo formula mediante la ley positiva o escrita. Esta tesis en la Edad Moderna, y por cuenta de los pensadores protestantes, abandona pronto el origen divino del derecho y lo sitúa en la naturaleza –a secas- de donde mediante la razón el hombre lo extrae. No obstante lo anterior, durante este periodo también ha prevalecido la tesis iusnaturalista de la Neoescolástica, la cual es una continuación del pensamiento medieval. De acuerdo con los aires de la época, en la cual el pensamiento iuspositivista no se ha afincado, la consagración de los derechos naturales en las declaraciones políticas este documento, es usual puesto que el cambio de paradigma, influenciado por Locke y Rousseau, hace que se invoque el derecho natural como fuente de los derechos y libertades de las personas como en el caso de las declaraciones norteamericana y francesa de derechos.

- 3.1.1.5. Preámbulo. "... [Y] rompiendo el vínculo social fue restituido el pueblo del Socorro a la plenitud de sus derechos naturales he (sic) imprescriptibles de la libertad, igualdad seguridad y propiedad, que depositó provisionalmente en el Ilustre cabildo de esta Villa [...] Es incontestable que a cada pueblo compete por derecho natural determinar la clase de gobierno que más le acomode; también lo que es que nadie debe oponerse al ejercicio de este derecho sin violar el más sagrado que es la libertad..."
- 3.1.1.6. Canon 3º. "... Todo hombre vivirá fruto de su industria y trabajo para cumplir con la ley eterna que se descubre en los planes de la creación, y que Dios intimó a Adán nuestro primer padre..."
- 3.1.1.7. Canon 4º. "... La tierra es el patrimonio del hombre que debe fecundar con el sudor de su frente, y así una generación no podrá limitar o privar de su libre uso a las generaciones venideras con las vinculaciones, mayorazgos y demás trabas contrarias a la naturaleza, y sagrado derecho de propiedad y a las leyes de la sucesión..."
- 3.1.2. Transferencia de legitimidad a las autoridades criollas. Como el Consejo de Regencia ha sido instaurado en la metrópoli se deslegitima en la medida en que el rey no está al frente del poder, ya que las fuerzas napoleónicas han invadido el territorio español y el Corso ha designado como rey de España a su hermano José; entonces se establece en el Socorro el autogobierno en la Junta de representantes del pueblo y establece el texto, la forma en la cual en adelante será conformado el poder de dirección de la provincia.
- 3.1.2.1. Preámbulo. "...No habiendo reconocido el Cabildo del Socorro al Consejo de Regencia hallándose ausente su legítimo Soberano el señor don Fernando Séptimo, y no habiéndose formado todavía el Congreso Nacional compuesto de igual número de vocales de cada provincia para que reconozca y delibere sobre los grandes intereses del cuerpo social, y los de paz y guerra, reasume por ahora todos esos derechos..."
- 3.1.2.2. Canon 8º. "... Los representantes del pueblo serán elegidos anualmente por escrutinio o voto de los vecinos útiles, y en sus personas serán sagradas e inviolables..."
- 3.1.2.3. Canon 9º. "... El poder legislativo lo tendrá la junta de representantes..."

- 3.1.2.4. Canon 10º "... El poder ejecutivo quedará a cargo de los alcaldes ordinarios y en los cabildos con apelación al pueblo en las causas que merezcan la pena capital, y en las otras, y civiles de mayor cuantía a un tercer tribunal que nombrará la junta del caso..."
- 3.1.3. Republicanismo y democracia. Al respecto vale destacar que el modelo democrático comienza a dirigirse en esta América, hacia el modelo republicano francés, en el cual los gobernantes ascienden al poder mediante elecciones libres y ningún privilegio de clase o de sangre es tenido en cuenta para efectos del ejercicio del poder, de igual forma en el modelo norteamericano, puesto que las autoridades también son elegidas y su mandato será definido previamente en la ley, el cual no podrá ser perpetuo.
- 3.1.3.1. Canon 7º. "... Toda autoridad que se perpetúa está expuesta a erigirse en tiranía.
- 3.1.3.2. Canon 8º. "...Los representantes del pueblo serán elegidos anualmente por escrutinio o voto de los vecinos útiles, y sus personas serán sagradas e inviolables..."
- 3.1.3.3. Canon 11º. "... Toda autoridad será establecida o reconocida por el pueblo y no podrá removerse sino por ley..."
- 3.1.4. Soberanía nacional de la provincia. También bajo las tesis de la Revolución Francesa sobre la soberanía se construye la idea de tal en América; Siéyes en Francia siguiendo a Montesquieu, ha pregonado que el cuerpo de representantes del pueblo es la nación francesa y que de esta representación deviene la soberanía, como en el presente caso, en el que los representantes del pueblo encarnan el querer popular y bajo esta premisa se comienza a entronizar el modelo de democracia representativa proveniente de la soberanía nacional.
- 3.1.4.1. Preámbulo. "... Es incontestable que a cada pueblo compete por derecho natural determinar la clase de gobierno que más le acomode; también lo que es que nadie debe oponerse al ejercicio de este derecho sin violar el más sagrado, que es la libertad..."
- 3.1.4.2. Último párrafo del epílogo. "... la Junta de la Provincia del Socorro, compuesta por ahora de los cuatro individuos referidos, habiendo leído en voz alta Pueblo esta Acta, y preguntándole si quería ser gobernado por los principios que de ella se convienen,

respondió que sí, y entonces los Procuradores Generales del Socorro y de San Gil a su nombre prestaron juramento de fidelidad a la *Constitución*, y de obediencia al nuevo Gobierno, diciendo con la mano puesta sobre los Santos Evangelios y con la otra haciendo la Señal de la Cruz, juramos a Dios en presencia de la imagen de nuestro Salvador que los pueblos cuya voz llevamos cumplirán y harán cumplir el *Acta Constitucional* que acaban de oír leer, y que si lo contrario hicieren serán castigados con toda la severidad de las leyes como traidores a la Patria...”

### 3.1.5. Consagración de derechos del hombre.

3.1.6.1 Preámbulo “... [Y] rompiendo el vínculo social fue restituido el pueblo del Socorro a la plenitud de sus derechos naturales he (sic) imprescriptibles de la libertad, igualdad seguridad y propiedad, que depositó provisionalmente en el Ilustre cabildo de esta Villa...”

3.1.6.2. Canon 2º. “...Nadie será molestado en su persona o en su propiedad sino por la ley...”

3.1.6.3. Canon 8º. “...Los representantes del pueblo serán elegidos anualmente por escrutinio o voto de los vecinos útiles, y sus personas serán sagradas e inviolables...”

3.1.6.4. Canon 14º. “... el gobierno del Socorro dará auxilio y protección a todo Pueblo que quiera reunirse y gozar de los bienes que ofrecen la libertad e igualdad que ofrecemos como principios fundamentales de nuestra felicidad...”

### 3.1.7. Confesionalismo católico.

3.1.7.1. Canon 1º. “... La religión cristiana que uniendo a los hombres por la caridad, los hace dichosos sobre la tierra, y los consuela con la esperanza de una eterna felicidad...”

3.1.7.2. Canon 3º. “... Todo hombre vivirá fruto de su industria y trabajo para cumplir con la ley eterna que se descubre en los planes de la creación, y que Dios intimó a Adán nuestro primer padre...”

3.1.7.3. Epílogo en su última parte. “... [Y] entonces los Procuradores Generales del Socorro y de San Gil a su nombre prestaron juramento de fidelidad a la *Constitución*, y de

obediencia al nuevo Gobierno, diciendo con la mano puesta sobre los Santos Evangelios y con la otra haciendo la Señal de la Cruz, juramos a Dios en presencia de la imagen de nuestro Salvador que los pueblos cuya voz llevamos cumplirán y harán cumplir el *Acta Constitucional...*”

## **3.2. Elemento orgánico**

3.2.1. Poder dominante: Representantes del pueblo o poder legislativo.

3.2.1.1. Canon 8º “...Los representantes del pueblo serán elegidos anualmente por escrutinio o voto de los vecinos útiles, y sus personas serán sagradas e inviolables...”

3.2.1.2. Canon 9º “... El poder legislativo lo tendrá la junta de representantes...”

3.2.2. Ejecutivo

3.2.2.1. Canon 10º. “... El poder ejecutivo quedará a cargo de los alcaldes ordinarios y en los cabildos con apelación al pueblo en las causas que merezcan la pena capital, y en las otras, y civiles de mayor cuantía a un tercer tribunal que nombrará la junta del caso...”

3.2.3. Judicial

3.2.3.1. Canon 10º. “... El poder ejecutivo quedará a cargo de los alcaldes ordinarios y en los cabildos con apelación al pueblo en las causas que merezcan la pena capital, y en las otras, y civiles de mayor cuantía a un tercer tribunal que nombrará la junta del caso...”

3.2.4. Organización territorial: Provincias con autonomía.

3.2.4.1. Epílogo, última parte. “... la Junta de la Provincia del Socorro, compuesta por ahora de los cuatro individuos referidos, habiendo leído en voz al Pueblo esta Acta, y preguntándole si quería ser gobernado por los principios que de ella se convienen, respondió que sí, y entonces los Procuradores Generales del Socorro y de San Gil a su nombre prestaron juramento de fidelidad a la *Constitución*, y de obediencia al nuevo Gobierno, diciendo con la mano puesta sobre los Santos Evangelios y con la otra haciendo la Señal de la Cruz, juramos a Dios en presencia de la imagen de

nuestro Salvador que los pueblos cuya voz llevamos cumplirán y harán cumplir el *Acta Constitucional* que acaban de oír leer, y que si lo contrario hicieren serán castigados con toda la severidad de las leyes como traidores a la Patria...”

### **3.3. Elemento material**

3.3.1. Derecho de propiedad. Ilimitado, excepto por la ley.

3.3.1.1. Canon 2º. “... Nadie será molestado en su persona o en su propiedad sino por la ley...”

3.3.1.2. Canon 4º. “... La tierra es el patrimonio del hombre que debe fecundar con el sudor de su frente, y así una generación no podrá limitar o privar de su libre uso a las generaciones venideras con las vinculaciones, mayorazgos y demás trabas contrarias a la naturaleza, y sagrado derecho de propiedad y a las leyes de la sucesión...”

3.3.2. Libertad de oficio y de trabajo. Libertad de actividad económica.

3.3.2.1. Canon 3º. . “... Todo hombre vivirá fruto de su industria y trabajo para cumplir con la ley eterna que se descubre en los planes de la creación, y que Dios intimó a Adán nuestro primer padre...”

3.3.3. La provincia se reserva la administración de las rentas públicas.

3.3.3.1. Párrafo 3º del epílogo. “... El gobierno se halla bien persuadido que para su establecimiento y organización necesita del aumento de las rentas públicas...”

3.3.4. Derechos políticos de los vecinos útiles.

3.3.4.1. Canon 8º. “...Los representantes del pueblo serán elegidos anualmente por escrutinio o voto de los vecinos útiles, y en personas serán sagradas e inviolables...”

3.3.4.2. Canon 9º. “... El poder legislativo lo tendrá la junta de representantes...”

3.3.4.3. Canon 11º. “... Toda autoridad será establecida o reconocida por el pueblo y no podrá removerse sino por ley...”

### **3.4. Elemento social**

3.4.1. Exención a los indios del tributo, entrega de los resguardos a los indios.

3.4.1.1. Segundo párrafo del epílogo. "... En el día que proclamamos nuestra libertad y que sancionamos nuestro Gobierno por el acto más solemne y el juramento más santo de ser fieles a nuestra *Constitución*, es muy debido dar ejemplo de justicia declarando a los indios de nuestra Provincia *libres de tributo* que hasta ahora han pagado y mandando que las tierras llamadas resguardos se les distribuyan por partes para que las posean en propiedad y puedan transmitir las por derecho de sucesión..."

3.4.2. Prohibición de las limitaciones a la tierra tales como vinculaciones y mayorazgos.

3.4.2.1. Canon 4º. "... La tierra es el patrimonio del hombre que debe fecundar con el sudor de su frente, y así una generación no podrá limitar o privar de su libre uso a las generaciones venideras con las vinculaciones, mayorazgos y demás trabas contrarias a la naturaleza, y sagrado derecho de propiedad y a las leyes de la sucesión..."

3.4.3. Reconocimiento de la voluntad del pueblo.

3.4.3.1. Último párrafo del preámbulo. "... Es incontestable que a cada pueblo compete por derecho natural determinar la clase de gobierno que más le acomode; también lo que es que nadie debe oponerse al ejercicio de este derecho sin violar el más sagrado que es la libertad. En consecuencia de estos principios la junta del Socorro, representando al pueblo que la ha establecido, pone por bases fundamentales de su Constitución los cánones siguientes..."

## **4. CONCLUSIONES**

Como se observa, se ha logrado, aún mínimamente, adecuar algunos de los apartes de la declaración constitucional en la "planilla" elaborada por Díaz Arenas para realizar el análisis institucional de un texto constitucional, por lo cual, se concluye, que el Acta constitucional del Socorro, contiene las bases necesarias para ser tenida como una Constitución, rebatiendo de entrada la tesis de gran parte de la doctrina colombiana, en el sentido de que la Constitución del

Socorro es la primera en el tiempo que se dio en el territorio que actualmente se llama Colombia.

De igual forma, en este documento constitucional, que conforme a lo sucedido en Europa y en Estados Unidos, se "... transpiran las influencias del contractualismo de Locke y Rousseau, de la declaración de derechos francesa, el federalismo norteamericano, amalgamadas con el iusnaturalismo de origen español (pero proscrito por las autoridades coloniales), para concretar unos contenidos revolucionarios en lo económico y social, que trascienden la simple declaración en procura de su concreción positiva como derechos fundamentales, esto es, reforzados con una tutela efectiva por parte del Estado..."<sup>22</sup>.

Por último y para finalizar, quisiéramos evocar al maestro Carlos Restrepo Piedrahita y decir con él que "... del anterior relato documentado del famoso movimiento revolucionario del 10 de julio de 1810 en el Socorro, el único cruento y con verdadera acción de armas de todos los que en el Nuevo Reino de Granada se llevaron a cabo en aquel memorable año, el primero igualmente en afirmar normas institucionales y el que impulsó el cumplido diez días más tarde en Santa Fe, como queda demostrado, puede deducirse que a la ínclita *Ciudad Comunera* se le pueda también apellidar con toda justicia la *Ciudad Precursora* [...] La trascendencia del 10 de julio de 1810 no estriba solamente en el suceso de armas que lo caracteriza, sino en que, y eso es lo más importante, legó a la Guerra Magna y a las instituciones republicanas que de ella emanaron, una serie de preceptos, de sustancia hondamente democrática, capaces por sí solos de justificar la Independencia..."<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Op. Cit. GÓMEZ SERRANO, *El control constitucional en Colombia...*, p. 17. Citado de PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Los derechos fundamentales*, editorial Tecnos, Madrid, 7ª. Edición, 1998, página 46.

<sup>23</sup> Op. cit. RESTREPO PIEDRAHITA, p. 30

## **BIBLIOGRAFÍA**

DÍAZ ARENAS, Pedro Agustín. *Estado y Tercer Mundo. El constitucionalismo*, Bogotá, Temis, 1997.

DÍAZ ARENAS, Pedro Agustín. *La Constitución política colombiana (1991) Proceso, estructuras y contexto*, Santafé de Bogotá, Temis, 1993.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2001.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Juan Camilo.

En: <http://lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/febrero2010/socorro.htm> 07-08-2010 12:50 p.m.

VILA CASADO, Iván. *Nuevo derecho constitucional. Antecedentes y fundamentos*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

<http://alexportilla.blogdiario.com/1201813800/> 07-08-2010 12:45 p.m.

<http://www.lablaa.org/blaavirtual/geografia/region2/cap3a.htm> 07-08-2010 1:05 p.m.

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-541320> 07-08-2010 12:45 p.m.

# PEDAGOGÍA LAICA: UNA NECESIDAD PARA LA CONVIVENCIA ESCOLAR EN EL CONTEXTO DE LA PLURALIDAD DE CREENCIAS EN LAS ESCUELAS DE EDUCACIÓN BÁSICA EN MÉXICO

AUTOR: Sergio Pérez Sánchez  
FECHA DE RECEPCIÓN: Octubre 25 de 2011  
DIRECCIÓN: sperez7@hotmail.com

**RESUMEN:** El objetivo de este artículo es modesto, en él se pretende ofrecer una serie de reflexiones sobre lo que se puede denominar una *pedagogía laica* desde un conjunto de principios y posibilidades heurísticas para la mediación de las relaciones educativas entre estudiantes, profesores, directivos y padres de familia en el espacio escolar. Espacio donde se reconoce la manifestación de una diversidad cultural entre los principales actores del fenómeno educativo, especialmente cuando éstos se encuentran por un lado, en discordancias y conflictos como resultado de sus creencias religiosas y filosóficas ante contenidos establecidos en Plan y Programas, prácticas cívicas y culturales en la escuela y el aula de educación básica y, que pueden derivar en alguna expresión de violencia. Por otro, cuando las jerarquías o dirigencias religiosas se constituyen en sensores morales que buscan privilegios personales, aludiendo al cuidado espiritual de sus adeptos.

En el escrito en extenso se afirma que la pedagogía laica se construye en los márgenes, por un lado de las discordancias, conflictos, violencia y trasgresión de los derechos humanos en las prácticas y procesos educativos que tienen lugar en las instituciones escolares de educación básica, donde se hacen presentes actitudes, conductas y manifestaciones producto de concepciones bíblicas de los actores educativos, la toma de decisiones de funcionarios públicos de corte conservador en asuntos educativos desde sus subjetividades religiosas y la posición de actores sociales sobre la enseñanza de religión y de una moral cristiana en la escuela, y por otro, los principios de referencialidad de la laicidad para el sustento de dicha pedagogía.

Desde la perspectiva de la pedagogía laica, la escuela pública está obligada a promover el respeto de creencias e impulsar la defensa por la libertad de conciencia de los alumnos y de ninguna manera ser selectiva de alumnos.

**PALABRAS CLAVES:** Laicidad, Pluralidad, Creencias, Religión, Jerarquía, Pedagogía.

**ABSTRACT:** The aim of this article is modest; it is intended to offer some reflections about what can be named *laïque pedagogy* from a set of principles and heuristic possibilities for mediation of education relationships among students, teachers, principals and parents in the school environment. Environment where expressions of cultural diversity among the main members of educational phenomenon is recognized, specially when these are immersed in disagreements and conflicts as a result of their religious and philosophical beliefs before the established contents in the educational plan and programs, civic and cultural practices in the school and classrooms of basic education, that can produce any expression of violence. Moreover, the religious hierarchies that have been moral monitors looking for personal benefits allude to the spiritual care of their followers.

In the whole text it is said that laïque pedagogy is built in the field of disagreements, conflicts, violence and human rights transgressions in the educational practices and processes that take place in basic education schools, where attitudes, behaviors and expressions produced of

biblical conceptions of the education from educational members, decisions taken from conservative public civil servants about educational issues based on their religious subjectivities, and attitudes of recognized social members about religious teaching and christian moral in the school are being shown. In the other field, the reference principles of laïcité for the support of the pedagogy mentioned are also given.

From the laïque pedagogy perspective, public school is obliged to promote the respect of beliefs and drive to defend the consciousness freedom of students and by no means be students selective.

**KEY WORDS:** Laïque, Plurality, Beliefs, Religion, Hierarchy, Pedagogy.

# PEDAGOGÍA LAICA: UNA NECESIDAD PARA LA CONVIVENCIA ESCOLAR EN EL CONTEXTO DE LA PLURALIDAD DE CREENCIAS EN LAS ESCUELAS DE EDUCACIÓN BÁSICA EN MÉXICO

Sergio Pérez Sánchez\*

## INTRODUCCIÓN

*Todos nos quedamos mirando al cielo  
desconsolados pero realistas  
esperando que el próximo crepúsculo  
traiga una magia laica.*

*Benedetti*

Las elaboraciones teóricas circulantes a través de diferentes medios en el ámbito de las ideas, nos permiten comprender que, en la actualidad podemos hablar no sólo de una pedagogía, sino de pedagogías, cuyos planteamientos para cada una de ellas se sustentan en una serie de principios, incluyendo además a sus principales representantes, así, por citar algunos ejemplos, puedo mencionar la Pedagogía del oprimido y Pedagogía de la esperanza de Freire (2005), Pedagogía crítica de McLaren (1994), Pedagogía emancipadora de Pablo González Casanova (2009), Pedagogía de la exclusión enunciada por Gentili (2004) y Pedagogía de la ternura de Lidia Turner (2009). En estas y otras pedagogías, se han formado discípulos, quienes con sus aportes profundizan y trascienden nuevas reflexiones.

Reconozco que enunciar el título de *pedagogía laica* me conduce a varios riesgos, entre otros, es que genere en los lectores de este escrito, una expectativa de encontrar aquí un tratado sobre el sustento teórico de esta pedagogía, cuando por el momento, el objetivo es más modesto y consiste en ofrecer una serie de reflexiones sobre lo que se puede llamar una *pedagogía laica*, desde un conjunto de principios y posibilidades heurísticas para la mediación de las relaciones educativas entre estudiantes, profesores, directivos y padres de familia en el

---

\* Docente e investigador educativo en el Instituto Superior de Ciencias de la Educación del Estado de México. Doctor en Pedagogía por la Universidad Nacional Autónoma de México.

espacio escolar. Espacio donde se reconoce la manifestación de una diversidad cultural entre los principales actores del fenómeno educativo, especialmente cuando éstos se encuentran por un lado, en discordancias y conflictos como resultado de sus creencias religiosas y filosóficas ante contenidos establecidos en Plan y Programas, prácticas cívicas y culturales en la escuela y el aula de educación básica y, que pueden derivar en alguna expresión de violencia. Por otro, cuando las jerarquías o dirigencias religiosas se constituyen en sensores morales que buscan privilegios personales, aludiendo al cuidado espiritual de sus adeptos.

En el caso mexicano, la tradición laica centenaria del Estado tiene sustento desde la promulgación de la Constitución del 5 de febrero de 1857, en la cual se establecieron las bases jurídicas y normativas de la separación del Estado y la Iglesia Católica. Este tipo de laicismo trascendió el currículo en la enseñanza elemental al desaparecer de la tira de materias: 1. Los principios elementales de religión y 2. La historia sagrada, así, en el Plan de estudio de 1869, en lugar de presentar cuestiones religiosas, apareció en la tira de materias la asignatura para la enseñanza de la moral, orientada ésta, a la formación de un ideario de patria. A partir de aquel tiempo la escuela pública en su administración estuvo independiente del credo católico o de alguna otra confesión religiosa, no así del permanente cuestionamiento hacia la educación laica por parte de la jerarquía religiosa.

La limitante de las Leyes y Decretos del Estado Mexicano en materia educativa y en especial para la educación laica en parte del Siglo XIX, fue que la jurisdicción del Gobierno de la República en materia educativa comprendía el Distrito Federal y las escuelas públicas nacionales, las restantes que fueron la mayoría pertenecían a las Entidades Federativas y sus Municipios, de ahí que en éstas últimas se enseñara doctrina cristiana. Es con la promulgación del Decreto del 14 de diciembre de 1874 cuando se dispone “Prohibir la enseñanza religiosa y la práctica de cualquier culto en todos los establecimientos de la federación, de los Estados y los Municipios” (Pérez, 2006: 104).

Estas y otras disposiciones normativas emitidas en el último tercio del siglo XIX, tendieron hacia la precisión de la educación laica en las escuelas oficiales. Para el siglo XX es importante reconocer que con la promulgación de la Constitución de 1917, específicamente en el Art. 3º, se dispuso que la educación: “Se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa” y con la creación de la Secretaría de Educación Pública en 1921, es como se sientan las bases de un Sistema Educativo Laico de cobertura nacional, tanto para escuelas de sostenimiento público, como particulares.

Durante el periodo de 1917 a 1990, el Art. 3º sufre algunas modificaciones, pero en ningún momento se trastoca el sentido laico de la educación. Es con la reforma Constitucional de 1991 y publicada el 28 de enero de 1992 en el Diario Oficial de la Federación, como quedó establecida la educación laica únicamente de manera explícita para las escuelas públicas.

Mantener el sentido laico del Sistema Educativo Mexicano y la puesta en práctica de sus políticas educativas, no ha sido una relación armónica entre los diferentes actores de la sociedad, dicha relación se ha expresado más en una agenda en permanente conflicto entre el Estado, la Jerarquía Católica, miembros de la clase política gobernante conservadora y los grupos opositores históricos, así como la oposición más directa, en años recientes, de alumnos y padres de familia en los espacios escolares, ante prácticas escolares contrarias a su doctrinarismo bíblico, producto de su práctica religiosa perteneciente a las Sociedades Religiosas Protestantes.

A más de 150 años de la separación de atribuciones entre el Estado y la Iglesia Católica principalmente, la sociedad mexicana generacionalmente ha experimentado cambios que demandan la necesidad de entender la laicidad como un proceso en lo normativo, discursivo y su práctica, de ahí que para abordar la realidad compleja en las instituciones escolares sea necesario reflexionar la laicidad más desde su práctica, con lo que de algún modo intento aportar algunos elementos para construir una *pedagogía laica*, pensada en la realidad mexicana.

No obstante, el debate en torno a la necesidad de una *pedagogía laica* para los sistemas educativos, no corresponde a una nacionalidad específica: En un contexto de pluralidad de creencias religiosas y filosóficas, propias de un mundo influenciado por los efectos de la globalización y la multiculturalidad, las relaciones socioeducativas en los espacios escolares tienen que ser abordadas desde principios de lo que es común a todos, más allá de diferencias; de ahí que uno de los objetivos vertebrales de la *pedagogía laica* sea el fortalecimiento de la convivencia escolar, bajo los principios de libertad de conciencia e igualdad jurídica.

Este artículo es, además, una invitación al debate sobre un asunto incipiente, necesariamente propuesto para profundizar en su estudio y aporte al conocimiento científico de lo educativo. Anima a este escrito la oportunidad de aportar no sólo al discurso, sino a las prácticas sobre la necesidad de una *pedagogía laica* que promueva desde los diferentes actores educativos, el fortalecimiento de la convivencia escolar en el contexto de la pluralidad de creencias.

## El Estado laico mexicano y la pluralidad de creencias

### 1. Estado laico

En México, el laicismo formó parte del proyecto de la élite liberal ilustrada decimonónica que impulsó y consolidó su proyecto de país. Una de las principales orientaciones políticas que el Estado liberal mexicano dio al laicismo durante el siglo XIX, fue la separación entre el Estado y la Iglesia, a fin de que el primero tuviera supremacía sobre la segunda, a su vez que las jerarquías religiosas asumieran un papel de sometimiento y subordinación; esta orientación política de laicidad fue motivo de confrontación permanente entre estos dos actores.

El surgimiento y la consolidación de Sociedades Religiosas Protestantes en la segunda mitad del siglo XIX, incidieron de algún modo en la redefinición del carácter laico del Estado. La legislación liberal transitó de una laicidad parcial, (Estado-Religión Católica) a la construcción de una laicidad donde se reconocieron distintos movimientos religiosos y laicos<sup>1</sup>.

Los antecedentes más evidentes del sustento laico del Estado mexicano se encuentran en el Plan de Ayutla de 1854, cuando los liberales luchan contra la dictadura de Antonio López de Santa Ana. En un ambiente de brotes rebeldes se erige un gobierno liberal facultado por el Plan de Ayutla a fines de 1854. En ese gobierno se expidieron las tres primeras Leyes: 1. **Ley Juárez** expedida el 23 de noviembre de 1855, 2. **Ley Lerdo** expedida en Junio 25 de 1856 y 3. **Ley Iglesias**, expedida el 11 de abril de 1857.

Estos ordenamientos jurídicos, fueron el fundamento de la obra de Reforma orientadas, por un lado, a investir al Estado de facultades para atender asuntos civiles y, por otro, limitar el poder del Clero Católico en asuntos de carácter civil; obviamente la reacción de la Jerarquía clerical fue violenta.

Un acontecimiento destacado que sienta las primeras bases normativas del carácter laico del Estado, se ubica en el Congreso Constituyente de 1856 y 1857, integrado por la corriente de los *Liberales puros* y *Liberales moderados*, quienes plasman en algunos artículos de la Constitución que se promulgó el 5 de febrero de 1857, los principios de separación de atribuciones entre el Estado y la Iglesia, pero no sólo estos artículos, sino la disposición del Gobierno de que todos los ciudadanos prestaran juramento de lealtad a la Constitución provocaron condena por parte del Clero Católico. En respuesta:

---

<sup>1</sup> En la determinación de una laicidad de carácter más plural por parte del Estado Mexicano, la Jerarquía Católica reiteradamente ha venido demandando una condición de privilegio, dada su antigüedad y su carácter mayoritario entre la población creyente.

**Una de las armas reactivas más poderosas de la Iglesia fue la amenaza de excomunión a quienes prestaran tal juramento de fidelidad. Muchos ciudadanos se negaron a jurar la Constitución, siendo algunos de ellos incluso militares o magistrados. Igualmente cuatro mil clérigos se negaron a hacerlo, y solamente hubo 20 excepciones: 20 clérigos que protestaron juramento. La negativa a jurar fue ocasión de destierro de algunos obispos (Villaseñor, 1978: 76).**

El juramento a la Constitución prosperó lentamente, debido a la profesión doctrinaria y de fe prevaleciente en la conciencia de la población, sobre todo en comunidades pobres e indígenas, donde la presión ideológica y el chantaje espiritual de los clérigos fueron muy marcados.

En cierto modo, las resistencias y las manifestaciones de rechazo de la población y el malestar de la Santa Sede por la entrada en vigor de la Constitución de 1857 ocasionó que el gobierno no rompiera en aquel momento toda relación con la Iglesia y el Vaticano. No obstante, para los liberales aunque insuficiente el marco normativo, fue determinante en la afirmación de su poder en el transcurso del Siglo XIX.

Durante la Guerra Civil de tres años (1858-1861), promovida y sostenida por el clero, el gobierno interino de Benito Juárez García, a fin de contrarrestar el poder y la influencia de los clérigos en la vida civil; promulgó desde Veracruz las Leyes de Reforma, consistentes en ordenamientos orientados a una separación clara entre el Estado y la Iglesia, ya que dichos ordenamientos no habían sido debidamente explicitados en la Constitución de 1857.

En la medida en que se les comprobaran acciones desestabilizadoras en contra del Gobierno de México, las Leyes de Reforma y los Decretos respectivos expedidos en el periodo de 1859 a 1863 contemplaron sanciones que iban desde multas hasta su expulsión a los ministros extranjeros radicados en el país, con el triunfo del ejército liberal mexicano en 1867 sobre el régimen monárquico del emperador Maximiliano de Habsburgo, se restauró el régimen Republicano, teniendo al frente del Gobierno a Benito Juárez García. Es en este periodo de la historia de México cuando se ubica la consolidación del Estado laico.

Durante el gobierno de Sebastián Lerdo de Tejada (19/VII/1872-20/XI/1876), el 25 de septiembre de 1873 se incorporaron a la Constitución de 1857 las Leyes de Reforma y se consagró de manera reglamentaria la separación del Estado y la Iglesia. Con ello los liberales consolidaron su soberanía, en tanto, la Iglesia continuó su marcha en dirección opuesta al Estado y amenazó con la deslegitimación del gobierno.

La Constitución del Estado laico mexicano en esta parte del siglo XIX se dio en situaciones de confrontación contra el clericalismo<sup>2</sup> de la jerarquía católica, no obstante, con el triunfo de los liberales, la aprobación de la Constitución de 1857, la incorporación de los principios fundamentales de las leyes de Reforma a la Constitución de 1857, fueron hechos incidentes de legitimación y fortalecimiento del Estado como garantía de su plena soberanía y legalización jurídica de su carácter laico, obteniendo para sí, facultades como la educación que durante la Colonia había manejado la Corona.

Durante el Porfiriato (1876-1880, 1884-1911), las disposiciones jurídicas del sustento laico del Estado no se aplicaron con el mismo rigor en todos los ámbitos. Se pusieron en práctica asuntos relativos al desarrollo económico y modernización del país, pero en aspectos como la reglamentación de cultos y la enseñanza laica que ponían en dilema a la paz social, se le dio un matiz, dentro de lo que Garner denomina el *equilibristo porfirista*; es decir la instrumentación de una política de alianzas y cuotas de poder con las diferentes facciones. La instrumentación de dicho equilibristo de ningún modo representó una ruptura con el proyecto liberal, más bien fue un pragmatismo de alianzas y lealtades.

El inicio del siglo XX, con el triunfo de la revolución de 1910, la promulgación de la Constitución de 1917, la rectoría del Estado en las empresas, la soberanía sobre los recursos naturales, la expansión del sistema educativo y la consolidación del Estado laico, fueron situaciones importantes en el fortalecimiento de la identidad nacional, en una sociedad cada más relacionada con el poder civil.

La Revolución triunfante de 1910 – 1917 se propuso limitar la influencia de la Iglesia respecto al Estado, por lo que en la Constitución de 1917 se establecieron los artículos específicos sobre el carácter laico del Estado: Arts. 3º, 5º, 24º, 27º, 130º. Con este marco normativo se negó personalidad jurídica a las Iglesias y se les sometió al poder civil. Se dispuso para la educación pública y privada una orientación laica, planteada como ajena a cualquier doctrina religiosa. De 1917 a 1982, el Estado mexicano, bajo el dominio del partido único, reafirmó su carácter rector en la sociedad y mantuvo inalterable en lo normativo el sustento laico.

---

<sup>2</sup> Se usa el término clericalismo para referir a la posición del Clero que demanda canonjías de poder en la esfera pública del gobierno, en lo político y educativo, bajo el argumento de la dimensión colectiva de la religión. “El clericalismo no se caracteriza por el solo ejercicio de las funciones clericales dentro de la comunidad de fieles, sino por una ambición de poder temporal sobre la sociedad entera (...) ambición totalmente temporal de dominación que se encarna concretamente en la captación del poder público” (Pena-Ruiz, 2002; 21,22) .

## *2. Educación laica en el sistema educativo mexicano*

La incorporación de las Leyes de Reforma en la Constitución de 1857 aparte de asignarle el carácter laico al Estado, tendieron a contrarrestar el poder de la Iglesia, de ahí que se pretendiera tender en línea directa, de una laicidad de Estado a una laicidad educativa.

El 14 de diciembre de 1874, el Congreso de la Unión promulgó el Decreto en que se confirmó el carácter laico de la educación; dicha disposición fue acción concreta del poder legislativo en contra de la enseñanza religiosa. Es en este periodo de la historia cuando se introduce explícitamente la modalidad del laicismo al prohibir la enseñanza religiosa y la práctica de cualquier culto en todos los establecimientos de la Federación, de los Estados y Municipios.

El laicismo en una población con bajo o nulo nivel de escolaridad y una fuerte presencia de la religión en la vida privada de las personas, fue siempre motivo de conflictos y aún de luchas enconadas entre los mexicanos al querer llevar este precepto a la educación.

Este tipo de laicismo educativo no excluía que los clérigos realizaran docencia en las escuelas y permitió además que se impartiera enseñanza religiosa en las escuelas privadas. Fue con la Ley del 23 de mayo de 1888 (Porfiriato) cuando se estableció de manera más enérgica el sentido laico, al disponer que se excluía de las escuelas oficiales a los ministros del culto y a personas que hubieran hecho votos religiosos. La disposición de Ley del 21 de marzo de 1891, precisó que para el caso de las escuelas oficiales donde se impartiera educación ésta además de obligatoria fuera gratuita y laica; con esta disposición, se planteó de manera concreta el precepto laico de la educación. Hasta aquí se puede observar un interés permanente por el Gobierno liberal en la profundización legislativa sobre el sentido laico de la educación, a fin de combatir la ignorancia y resaltar el valor de la ciencia

El Primer Congreso de Instrucción realizado en la Ciudad de México del 1º de diciembre de 1889 al 31 de marzo de 1890 con la participación de todas las entidades de la República, fue una de las acciones educativas más destacadas durante el Porfiriato. La acción estuvo orientada a formar una escuela mexicana uniforme. Una de las metas del Congreso fue la de federalizar la enseñanza en métodos, textos y asignaturas con la finalidad de hacer de la educación factor de unidad nacional. Esta forma de instrucción primaria de carácter nacional se sustentaría además en los principios de obligatoriedad, gratuidad y laicidad.

La discusión del laicismo educativo fue, entonces, uno de los asuntos más delicados entre todos aquellos que se abordaron en el Congreso, ya que esta cuestión no se relaciona exclusivamente con la escuela, sino con el vínculo con los derechos de los individuos y con los

principios fundamentales del Estado. No obstante, el carácter neutral del laicismo en la escuela pública como acuerdo del Congreso Pedagógico, fue calificado por el Quinto Concilio Provincial Mexicano de 1896 como doctrina falsa y errónea de la escuela por inculcar el aborrecimiento hacia la Iglesia.

Las disposiciones sobre la laicidad educativa involucraban en cierta forma a los principales sujetos educativos: alumnos, profesores, autoridades, padres de familia, y de manera muy especial al clero quien intervino siempre de manera decisiva por medio de reproches o negociaciones, que hicieron a funcionarios en las altas esferas del poder gubernamental.

Los Constituyentes de 1917 dispusieron en el Art. 3º constitucional que la educación fuera laica en escuelas públicas y privadas, dicho sustento se resume en:

- Prohibir la intervención de las corporaciones religiosas o ministros de cultos en la impartición de clases.
- Los planteles particulares quedaron sometidos a la educación laica.
- Reconocimiento del carácter científico de los contenidos escolares.
- Se dispuso que la educación fuera ajena a cualquier doctrina religiosa.
- Reconocer el carácter emancipatorio de la educación ante el fanatismo.
- La educación como el medio para la difusión de los resultados del progreso científico, sin restricción de ningún tipo.
- Fomentar en los estudiantes y entre los profesores, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional.
- Reconocimiento de las diversas tradiciones culturales, así como la identificación con una historia común.
- Orientación de los procesos de enseñanza-aprendizaje a la comprensión por la razón y no por la fe.
- La práctica docente debe prescindir de cualquier doctrina religiosa o dogma confesional en la enseñanza escolarizada.
- El sentido laico de la educación garantiza la libertad de creencias de los estudiantes y se mantiene ajena a cualquier doctrina religiosa.

- Impartir conocimientos científicos de carácter universal orientados a la posesión de un acervo, al desarrollo intelectual, al estímulo de las facultades de los educandos, sin distinción del credo religioso, filosófico o raza.
- Luchar contra la ignorancia, el fanatismo, la servidumbre y los prejuicios.
- Promover una educación democrática.
- Evitar los privilegios de razas, religión, de grupos, sexos o de individuos.

Conjuntamente con el sentido laico de la educación, el Artículo Tercero planteó una política educativa sustentada en las circunstancias imperantes de desarrollo científico y tecnológico mundial.

Ante las disposiciones normativas de la laicidad educativa sustentadas en la Constitución de 1917, las manifestaciones de protestas de la Iglesia y grupos conservadores se hicieron presentes en los medios impresos de la época, pues fue muy claro, por ejemplo, que se le negó personalidad jurídica a las Iglesias, no se les otorgaron derechos políticos a los ministros religiosos y se estableció la educación laica en las instituciones públicas y privadas. Estas disposiciones marcaron ruta y dieron pauta de la reconfiguración de relaciones del Estado y las Iglesias; dichas relaciones no estuvieron exentas tanto de conflictos sociales como escolares.

En la pugna por derogar el marco jurídico del Estado y la educación laica surgieron organizaciones de presión gubernamental en defensa de los intereses católicos, fue el caso de la agrupación denominada “Unión Popular”, la “Liga Nacional Defensora de la Libertad Religiosa”, cuya idea fue reunir a la Asociación Católica de la Juventud Mexicana (ACJM), la Confederación Nacional Católica de Trabajadores (CNCT), la Unión de Damas Católicas Mexicanas (UDCM) y la Unión Nacional de Padres de Familia (UNPF).

Estas agrupaciones de marcada orientación conservadora coincidían en algunos puntos, al señalar que las personas tienen derechos anteriores y superiores a la educación, como es el caso de:

- La enseñanza religiosa.
- Educar a sus hijos según su conciencia y su religión.
- Educar a los niños en la moral y la fe cristiana.

En el sexenio -1988-1994-, bajo el argumento de adecuar la normatividad a los tiempos actuales en las relaciones Estado e Iglesias que habían permanecido inalterables desde 1917, se emprendió en 1991 la reforma de algunas normas jurídicas, a fin de atender de acuerdo con el proyecto sexenal a una sociedad que había evolucionado y consecuentemente se habrá transformado.

Producto de la coyuntura política de 1988, en el marco de una nueva correlación de fuerzas en el Congreso Federal, el Ejecutivo y los diputados emprendieron una serie de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En un esquema de partido de Estado y de subordinación de legisladores al Ejecutivo, se hacen las reformas a los artículos que norman las relaciones Estado- Iglesias. En 1991 se enmienda la normatividad educativa, en el Art 3º de la Constitución, sobresale sobre la cuestión laica, lo siguiente:

- Obligatoriedad de la escuela secundaria.
- Reintroducción del concepto de educación laica.
- Permitir la educación religiosa en los planteles particulares.

Con la reforma educativa de 1992 planteada en el Acuerdo Nacional para la Modernización de la Educación Básica y el Decreto en 1993 de la Ley General de Educación, se estableció la congruencia en el marco normativo de la educación.

### 3. *Pluralidad religiosa*

Para el caso mexicano, los registros estadísticos dados a conocer cada década a través del Censo General de Población y Vivienda, nos permiten observar, en el apartado sobre: "Población de 5 años y más por entidad federativa, sexo y religión, y su distribución según grupos quinquenales de edad", una tendencia creciente hacia una mayor pluralidad en el ámbito de las creencias religiosas o convicciones filosóficas, por ejemplo, para 1970 el 96.2% la población se declaró católica y para el año 2000 sólo el 88%, en 30 años hubo un descenso 8.2%, porcentaje que en cantidad de feligreses representa millones de personas. La población no católica para el mismo periodo fue de 2.2% y 7.6% respectivamente, de igual forma la población sin religión fue de 1.6% y 3.5% (INEGI, 1970 y 2000).

La población de 5 años y más adscrita a alguna confesión religiosa o carencia de ella de acuerdo con los datos del Censo General de Población y Vivienda del año 2000, fue de 84' 794. 454, en este Censo para el caso de la población no católica se consideró un formato que hizo posible la identificación de la mayoría de doctrinas religiosas entre la población mexicana, tal como se puede apreciar en el cuadro siguiente:

**Cuadro 1**

<b>Condición religiosa</b>	<b>Hombres</b>	<b>Mujeres</b>	<b>Porcentaje</b>
Católica	36 095 255	38 517 118	88.00
Protestantes y evangélicas	2 786 411	3 373 658	7.20
Otras religiones	157 420	149 033	0.40
Ninguna	1 752 674	1 230 255	3.50
No especificado	365 512	367 118	0.90
TOTAL	41 157 272	43 637 182	

**Fuente:** Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. INEGI (2000) *XII Censo General de Población y Vivienda, Mujeres y hombres en México*, México, INEGI, pp. 403 – 413.

La agrupación por género sobre la condición religiosa o carencia de ella de acuerdo con la información censal, posibilita establecer con base en la información más detallada, algunos contrastes sobre condiciones de alfabetización, escolaridad promedio o el nivel de escolaridad entre hombres y mujeres dentro de una misma religión, y en comparación con las demás religiones, es conveniente señalar que la República Mexicana la integran 32 entidades federativas, en las cuales se puede apreciar una diversidad lingüística, cultural y religiosa.

Sobre preferencias religiosas conviene resaltar que en el Estado de Guanajuato el 96.4% de su población en el 2000 se declaró profesante de la religión católica, mientras que en el Estado de Chiapas con el 63.8% de población católica, esta condición religiosa repercute en las relaciones sociales y educativas. En el primer caso, la población votante opta en sus preferencias electorales por la clase política conservadora, una vez en el ejercicio del gobierno se constituyen en su carácter de servidores públicos en sensores morales de la vida sexual y reproductiva de las mujeres y detractores beligerantes de la educación laica. En el segundo caso, hay fuertes procesos de conversión hacia las Sociedades Religiosas Protestantes, principalmente entre los grupos indígenas, lo cual origina frecuentes conflictos con las autoridades tradicionales de origen católico.

Ante el pluralismo religioso creciente en las sociedades actuales, los retos para los Estados y sus instituciones públicas (educativas y de salud entre otras) son grandes y complejos, en el sentido, de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, con la finalidad

de favorecer el respeto a la diversidad y propiciar sin distinción, la convivencia y la formación de ciudadanos para la vida pública.

En este contexto de un Estado laico corresponsable de la formación cívica y ética de los ciudadanos y del reconocimiento de una creciente pluralidad religiosa o filosófica en la sociedad, resulta pertinente y oportuno fortalecer el papel social y educativo de las instituciones públicas, a fin de hacer del espacio escolar, el lugar para la convivencia entre los principales actores educativos: alumnos, profesores y padres de familia, en el marco de la diversidad cultural, religiosa o filosófica, tendente a la construcción de una *pedagogía laica*.

### **¿Qué entender por laicidad?**

La laicidad como concepto explicativo y categoría de análisis, alude de manera general a la separación jurídica y política del Estado y las Iglesias, así como a prescindir de cualquier doctrina religiosa en las relaciones sociales y educativas. En lo que va del siglo XXI, varios estudiosos han abordado la laicidad en distintas dimensiones; entre otros destacan: Pena Ruiz (2005), Baubérot (2005), Touraine (2005), De Blas (2005), Vázquez (2007), Monsiváis (2008) y Blancarte (2008).

Para comprender la laicidad es conveniente tomar como punto de referencia su origen etimológico, a fin no distorsionar su contenido, ya que con frecuencia se le asocia con otros fenómenos sociales y políticos:

**El término griego *laos* designa la unidad de una población considerada como un todo indivisible. El hombre laico es el hombre del pueblo a quien ninguna prerrogativa distingue ni eleva por encima de los demás, ni el papel de director de conciencia ni el poder para decir e imponer lo que conviene creer. La unidad del *laos* es así un principio de igualdad. Y esta igualdad se basa en la libertad de conciencia, reconocida como primaria. Si la conciencia no puede ni debe ser violentada, es libremente como ella... (Pena-Ruiz, 2002: 28).**

La aceptación de laicidad, se encuentra asociada a la superación en varios de casos de confrontaciones enconadas entre los actores, dada su disposición a la flexibilidad, permisividad, diálogo y tolerancia en el ámbito público de las relaciones sociales, a decir de Pena-Ruiz:

**La laicidad no se reduce a la simple secularización de funciones civiles que tenían en antaño las autoridades religiosas. No es simple separación o simple neutralidad confesional. Semejantes características, puramente negativas, son sólo consecuencias de las exigencias positivas que le dan sentido. Estas**

**exigencias contienen lo que podría llamarse la institución de la libertad en todos y en cada uno: en todos porque la república lo requiere para el ejercicio de la ciudadanía, y en cada uno porque se trata de una igualdad auténtica en los planos ético y político (Pena-Ruiz, 2002: 28).**

Otro aspecto importante para la comprensión del contenido sobre la laicidad, es el que corresponde a su uso; al respecto, Blancarte señala que:

**Laico viene del griego *laikós*: del pueblo, de donde deriva *laós*: pueblo. Se utilizó entonces originalmente para referirse a los fieles cristianos, distinguiéndolos de los miembros del clero (...) No fue sino hasta el siglo XIX que el término “laico” denotaba aquel espacio que escapaba del control eclesiástico: Por tanto, como una oposición a lo clerical y posteriormente, en el fragor de la lucha como anticlerical (Blancarte, 2008: 11).**

En el contexto de pluralidad y diversidad de creencias religiosas y filosóficas de la sociedad del siglo XXI, es conveniente reflexionar sobre la laicidad como un proceso en el conjunto de relaciones sociales, a decir de Blancarte, la laicidad es: “Un régimen social de convivencia, cuyas instituciones políticas están legitimadas principalmente por la soberanía popular (ya no por elementos religiosos” (Blancarte, 2008: 29). El hecho de que la legitimidad de las instituciones políticas radique en la soberanía popular, afirma la unidad de las personas pertenecientes a un país, cuya base son: la libertad de conciencia, la igualdad jurídica y la secularización de las instituciones públicas.

Optar por el concepto de laicidad, implica tener presente el carácter emancipador ante cualquier influencia e imposición religiosa o eclesiástica en las relaciones sociales en espacios públicos. Reconocer por un lado su fundamentación jurídica, política, histórica, antropológica y filosófica, y por otro, asumirlo como conocimiento y práctica en el diálogo y la convivencia social y educativa. Coincido en que la laicidad: “implica el ejercicio libre de la religión: es decir, el Estado debe garantizar la libertad de religión como derecho individual de sostener cualquier creencia religiosa; dicha libertad considerada como uno de los derechos humanos fundamentales en la actualidad, se extiende más allá de la mera libertad de pensamiento, abarcando la libertad de culto y la libertad de congregación religiosa.”(Vázquez, 2007; 82).

Ahora bien, si la laicidad es vista como una condición para la convivencia en la diversidad cultural y social, es conveniente que los sujetos involucrados reconozcan y se identifiquen en ciertos principios en la laicidad, cuyo compromiso se manifieste en contribuir a la construcción de una sociedad democrática, garante de la libertad de pensamiento, de acción y sin

menosprecio del origen social, cultural o practicante de alguna opción confesional o no confesional, también se refiere a la dignidad de las personas y a sus derechos humanos. No se puede ignorar la esencia y trascendencia de la laicidad, menos todavía pensarla como un asunto reversible, aunque si reconocer sus respectivos altibajos.

La laicidad alude de manera general a la separación jurídica y política del Estado y las Iglesias, en lo particular, prescinde de cualquier doctrina religiosa en las relaciones sociales y educativas; esto hace de la laicidad, una categoría de carácter amplio vinculada a otros factores y, en consecuencia generadora de otras relaciones. Vista así, la laicidad se constituye en algo más que un concepto para comprender y, en una herramienta eficiente para regular la convivencia en un contexto común a todas las personas, donde se manifiesta la pluralidad de creencias religiosas o filosóficas.

### **Pedagogía laica**

El ambiente de discordancias, conflictos y violación de los derechos humanos en las escuelas de educación básica en México, producto de actitudes y manifestaciones de algunos de los actores educativos sustentadas estas en sus creencias religiosas. La insistencia de la Jerarquía religiosa de impartir religión en las escuelas públicas o las disposiciones de funcionarios públicos en cuestiones educativas motivadas por sus subjetividades religiosas, son algunas de las cuestiones que animan este ejercicio intelectual, con la finalidad de ofrecer algunas reflexiones que permitan regular la convivencia escolar desde lo que se denomina como *Pedagogía laica*.

Como se podrá inferir, la disposición de un marco jurídico y normativo de un Estado laico, no son garantía por sí mismas, si profesores, alumnos y padres de familia, en primer lugar no tienen una comprensión clara de lo que implica denominarse un sujeto laico y, en segundo, si no laicizan sus prácticas para el fomento de la convivencia en los espacios escolares en un contexto de pluralidad y diversidad.

**La pedagogía, en el decir de un autor se forja:**

**En los imperativos contemporáneos de la enseñanza se hace patente la multiplicidad de las prácticas y conocimientos, de su concurrencia pero también de su segmentación, de su amalgama inconsistente y, eventualmente de su contradicción y discordia. La pedagogía se forja a partir de estas**

**confluencias y resonancias que emergen de todos los dominios del juego social** (Jiménez; 2001, 14).

Lo que aquí se denomina pedagogía laica va más allá del acto de la enseñanza, tiene que ver en su formulación referencial de una serie de principios y, en su práctica, con la toma de una plena conciencia sobre la convivencia escolar en el marco de la pluralidad de creencias religiosas o filosóficas. Los procesos de enseñanza aprendizaje en la escuela se ven condicionados por conocimientos adquiridos en ámbitos distintos a los escolares; de ahí que los mecanismos de apropiación cognitiva, la comprensión de leyes, el manejo de conocimientos por parte de los estudiantes, no encuentren siempre aceptación, pues resultan contrarios a su visión bíblica y atentatorios en el caso de las jerarquías, a la moral religiosa.

En la pedagogía laica es importante la toma de conciencia del sustento de los contenidos escolares, el sentido de la formación ciudadana, las prácticas de socialización y las relaciones e interacciones que se tienen con las condiciones sociales, económicas, culturales, históricas del contexto, así como de los factores personales de los actores educativos. En esta concepción de pedagogía laica no hay una visión estática, menos de aislamiento; por el contrario, para la comprensión, análisis e interpretación de estos procesos, dialoga en el entendido de que la educación es una práctica histórico-social.

*a. Sustento referencial de la pedagogía laica.*

El ejercicio o ausencia de una pedagogía laica en los procesos educativos de enseñanza-aprendizaje tiene que ver con posiciones políticas, sociales y culturales de una clase gobernante, un grupo hegemónico, la posición de los concesionarios de un servicio público y de los sujetos educativos involucrados en las prácticas y procesos educativos. No obstante, es conveniente presentar los planteamientos que se constituyen en el basamento de esta pedagogía, planteamientos derivados precisamente de lo que constituyen los principios de la laicidad, como son:

- Libertad de conciencia, ésta radica en que toda persona queda excluida de cualquier obligación para la adopción o no de una confesión o convicción religiosa, espiritual o ideológica. Libertad de creencias; tiene posibilidad de convicciones, carencia de ellas en el reconocimiento de un pluralismo religioso.
- Igualdad jurídica de derechos ante la Ley.

- Lo público como entidad común a todos, es el lugar donde se garantiza la imparcialidad confesional, a la vez que excluye intolerancia, privilegios sobre las manifestaciones de particularidades religiosas, fanatismos, intransigencias y fundamentalismos.
- Las creencias religiosas son asunto particular y, o, colectivo que corresponde a la vida privada de las personas.
- Sustento jurídico de la educación laica.
- La escuela como entidad común a todos se plantea garante promotora de la convivencia entre las personas, más allá de diferencias y convicciones religiosas, carencia o contrarias a ellas.
- Laicizar actitudes y posiciones de los actores educativos en el ámbito escolar.
- La laicidad educativa implica abordar el fenómeno religioso desde una perspectiva histórica, social y cultural. La educación sexual y reproductiva desde el punto de vista científico, así como los conocimientos que tienen qué ver con el origen y evolución de la vida, en sí, la educación pública orientada a la formación del sujeto desde una ética laica.

Bajo este sustento la escuela se constituye en la entidad común a todos, sin importar la convicción religiosa o filosófica de las personas; aquí, desde la *pedagogía laica*, se tendrá que formar en y para el respeto de la libertad de conciencia y la igualdad de derechos de los actores de la educación. La escuela laica no puede preservar privilegios, más todavía, excluye dogmatismos, fanatismos e intolerancias, en una perspectiva que garantiza imparcialidad confesional de los involucrados, a la vez que impulsa el diálogo para anteponerse a tensiones y conflictos.

La *pedagogía laica* se construye en los márgenes, por un lado de las discordancias, conflictos, violencia y trasgresión de los derechos humanos en las prácticas y procesos educativos que tienen lugar en las instituciones escolares de educación básica, donde se hacen presentes actitudes, conductas y manifestaciones producto de concepciones bíblicas de los actores educativos, la toma de decisiones de funcionarios públicos de corte conservador en asuntos educativos desde sus subjetividades religiosas y la posición de actores sociales sobre la enseñanza de religión y de una moral cristiana en la escuela, y por otro, los principios de referencialidad de la laicidad para el sustento de dicha pedagogía.

La pedagogía laica es aquella que en el proceso y prácticas educativas se sustenta y explica principios, con la finalidad de:

- Fomentar en los estudiantes la autonomía de un pensamiento reflexivo y crítico, ajeno completamente a la motivación de conductas doctrinarias.
- No privilegiar o legitimar en el proceso educativo una visión mediante el uso del poder y del saber simbólico.
- Promover formas de reflexión autocrítica entre los sujetos educativos y reconocer que las confrontaciones son cuestiones de naturaleza social que demandan de cada uno de los actores, especialmente de los docentes, que éstos deban fomentar una práctica pedagógica tendente a la revisión crítica del quehacer, capaz de modificar formas tradicionales de enseñanza utilizadas en el ámbito escolar, a fin de posibilitar la convivencia sin hostilidad o exclusión.

En el desarrollo de una pedagogía laica, el docente desempeña un papel protagónico, en consecuencia, el perfil para el quehacer docente tiene que responder a nuevos desafíos de un contexto dinámico en permanente transformación. Es decir, la posición laica del docente en los procesos escolares, no se debe suscribir únicamente al conocimiento de la normatividad, sino que reclama un modo ético de su hacer.

Así, por ejemplo, la inclusión de cuestiones religiosas en los contenidos escolares desde una posición laica en el sistema educativo mexicano, es una cuestión estrictamente educativa bajo un sustento científico y una orientación para que los estudiantes puedan desenvolverse en una sociedad plural. Desde esta perspectiva es conveniente tener presente, además, que la enseñanza de algunas nociones sobre música, pintura, escultura y arquitectura en educación básica son importantes legados culturales asociados íntimamente a cuestiones religiosas, cuyo contenido está planteado en un sentido laico, dada su trascendencia en el campo del saber humano, a decir de un autor:

**Al hecho religioso se le reconoce pertinencia en la escuela bajo el siguiente enfoque: las religiones son hechos históricos, sociales y humanos; la religión ha sido y es una posibilidad humana, no una necesidad, mas sí una posibilidad muy difundida y relevante; y en esa medida ha de estar en la escuela, cuyo lema debe ser el de [nada de lo humano me es ajeno]. Incluso, si se le considera esencialmente errónea, irracional, nefasta, quedaría que es preciso conocerla y que los alumnos han de ser educados para vivir en un**

**mundo donde hay religiones y para hacerse cargo de una historia y un legado histórico donde las ha habido** (Fierro, 1997: 70).

La construcción de la *pedagogía laica* tiene como eje central la sustentación jurídico – normativa del sistema educativo, la orientación laica de contenidos escolares y especialmente los márgenes donde se dan las relaciones educativas en discordancia y conflicto entre los principales actores educativos, producto de sus convicciones religiosas o filosóficas.

El papel de profesores, estudiantes y padres de familia en la *pedagogía laica* debe ser lo suficientemente claro. En el caso de los profesores, por ejemplo, corresponde adoptar una postura laica en el esquema pedagógico, no implica traicionar sus creencias religiosas o violentar su agnosticismo, desde su responsabilidad académica tiene la posibilidad de analizar más la religión desde una visión, histórica y cultural, consecuentemente implica salir de un maniqueísmo de lo bueno y lo malo, de lo verdadero y lo falso; posiciones antitéticas que suelen conducir a un reduccionismo interpretativo, es decir, no se trata de tomar como pretexto las posiciones dispares sobre un mismo contenido educativo alusivo a cuestiones religiosas para confrontar a los estudiantes, es necesario que los actores educativos reconozcan y asuman de manera consciente el papel que les corresponde a cada uno de ellos, reiterando que quienes tienen la autoridad académica y consecuente la mayor responsabilidad son los directivos y profesores.

En el caso de los estudiantes corresponde la apropiación de saberes que permitan la convivencia en un ámbito de pluralidad, conscientes de que el conocimiento cambia y se transforma incluyendo a la persona misma, de ahí que el diálogo ocupe un lugar fundamental para evitar la confrontación entre visiones doctrinarias e intransigencias del docente; es tarea común de profesores y estudiantes analizar la trascendencia histórica, social y cultural del fenómeno religioso desde una postura equilibrada.

En esta posibilidad de la *pedagogía laica*, otros actores pendientes de abordar, y que solo enuncio ahora, corresponde a los tutores o padres de familia que asumen posturas de intransigencia doctrinaria, y plantean un trato diferenciado a sus hijos, con la finalidad de que su comportamiento en el espacio escolar sea más en acatamiento a sus restricciones bíblicas. Varias cuartillas están pendientes por escribir sobre la insistencia de las jerarquías religiosas para que se imparta religión en las escuelas públicas y se reorienten contenidos escolares desde una moral cristiana y, que obviamente en nada contribuyen al fortalecimiento de una pedagogía laica, igualmente ocurre con funcionarios públicos de corte conservador quienes frecuentemente atentan con sus disposiciones cuestiones laicas de la vida escolar, así como su

alianza con grupos detractores históricos de la laicidad educativa y más todavía de la *pedagogía laica*.

La dinámica de las relaciones sociales en el mundo actual presentan desafíos y retos a los Estados en lo referente a la laicidad en general y la educativa en particular; es importante, creo, abrir y mantener un espacio de debate permanente sobre asuntos que no pueden estar al margen de la escuela y menos de la sociedad; es el caso del genoma humano, la despenalización del aborto, las sociedades de convivencia, la objeción de conciencia, la educación sexual, la fertilización *in vitro*, entre otros.

### **Consideraciones finales**

La pedagogía laica se construye en los márgenes, por un lado de las discordancias, conflictos, violencia y trasgresión de los derechos humanos en las prácticas y procesos educativos que tienen lugar en las instituciones escolares de educación básica, donde se hacen presentes actitudes, conductas y manifestaciones producto de concepciones bíblicas de los actores educativos, la toma de decisiones de funcionarios públicos de corte conservador en asuntos educativos desde sus subjetividades religiosas y la posición de actores sociales sobre la enseñanza de religión y de una moral cristiana en la escuela, y por otro, los principios de referencia de la laicidad para el sustento de dicha pedagogía.

La pedagogía laica posee simultáneamente dos orientaciones 1. Epistemológica, referida a la libertad de conciencia e igualdad jurídica de los individuos, y 2. De relación en prácticas y procesos educativos sustentados en una ética laica, promotora de la convivencia, democracia, tolerancia y de apropiación de capital académico.

El conocimiento amplio sobre la laicidad educativa por parte de los actores educativos, contribuye a una práctica pedagógica orientada a la formación de ciudadanos bajo una ética laica, tendente ésta, al fortalecimiento de valores para el ejercicio de derechos y obligaciones ciudadanas, la convivencia y el diálogo en un plano de respeto.

La base de la pedagogía laica es aquella que en el proceso educativo explica principios, en afán de fomentar la autonomía de un pensamiento reflexivo y no la que motiva conductas doctrinarias, permite establecer para alumnos, docentes, directivos y padres de familia una diferenciación clara entre lo que se denomina incurrir en pecados y la utilidad para la humanidad de los conocimientos científicos; por tanto, la *pedagogía laica* debe posibilitar la convivencia sin hostilidad o exclusión.

La pedagogía laica no privilegia o legitima una visión mediante el uso del poder y del saber simbólico, promueve sí, formas de reflexión autocrítica y reconoce que las tensiones son cuestiones de naturaleza social que demandan de cada uno de los actores, especialmente de los docentes, que éstos deban fomentar una práctica pedagógica tendente a la revisión crítica del quehacer, capaz de modificar formas tradicionales de enseñanza utilizadas en el ámbito escolar.

## **FUENTES DE CONSULTA**

BAUBÉROT, Jean (2005), *Historia de la laicidad francesa*. México, Colegio Mexiquense.

BLANCARTE, J. Roberto (Coordinador) (2008), *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*, México, El Colegio de México.

BOLÍVAR, Antonio (2007), *Educación para la ciudadanía. Algo más que una asignatura*, España, Crítica y fundamentos 16, Editorial GRAÓ.

DE BLAS ZABALETA, Patricio (Coord.) (2005), *Laicidad, educación y democracia*. España, Biblioteca de la Nueva Educación.

DELVAL, Juan, MURIÁ, Irene (2008), *Los niños y Dios. Ideas infantiles sobre la divinidad, los orígenes y la muerte*, México, Siglo XXI editores.

DUBET, Francois (2008), “La laicidad en las mutaciones escolares” en; GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, Daniel, *Revisitar la etnicidad. Miradas cruzadas en torno a la diversidad*, México, El Colegio de Sonora, Siglo Veintiuno editores. Pp. 153 – 183.

FIERRO, Alfredo (1997), *El hecho religioso en la educación secundaria. Una educación laica para la tolerancia*. España, Editorial Horsori.

FREIRE, Paulo (2005), *Pedagogía de la esperanza. Un reencuentro con la pedagogía del oprimido*, Sexta edición, México, siglo veintiuno editores.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. INEGI (2001), *XII Censo General de Población y Vivienda. Tabuladores Básicos*, México, INEGI, pp. 307 - 331.

GARNER, Paul (2003), *Porfirio Díaz. Del héroe al dictador: una biografía política*, Traducción de Luis Pérez Villanueva. México, Editorial Planeta.

GENTILI, Pablo (2004), *Pedagogía de la exclusión. Crítica al neoliberalismo en educación*, México, Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

GONZÁLEZ, Luis (1981), "El liberalismo Triunfante", en: *Historia General de México*, Tomo 2. México, El Colegio de México.

JIMÉNEZ GARCÍA, Marco Antonio (Coordinador) (2006), *Los usos de la teoría en la investigación*, México, Seminario de Análisis de discursos Educativos. Plaza y Valdés.

LATAPÍ, Pablo (1999), *La moral regresa a la escuela. Una reflexión sobre la ética laica en la educación mexicana*. México, Centro de Estudios Sobre la Universidad. Universidad Nacional Autónoma de México y Plaza y Valdés Editores.

MENESES, Ernesto (1983) (1998), *Tendencias Educativas Oficiales en México 1821- 1911*. México, Editorial Porrúa.

MOACIR GADOTTI, Margarita, FREIRE, Lutgardes (Compiladores) (2006), *Lecciones de Paulo Freire. Cruzando fronteras: Experiencias que se completan*, Argentina, Colección Campus Virtual de CLACSO.

MCLAREN, Peter (1994), *Pedagogía crítica, resistencia cultural y, la producción del deseo*, Argentina, Aique Grupo Editor, S.A.

MONSIVÁIS, Carlos (2008), *El Estado laico y sus malquerientes. (crónica / antología)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía y GARCÍA HUANTE, Omar (Compiladores) (2004), *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos. Firmados y ratificados por México 1921 – 2003*. Tomo I y II, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

PENA – RUIZ, Henri (2002), *La laicidad, Una explicación para comprender. Un ensayo para reflexionar*, Traducción Muriel Merino. México, Siglo Veintiuno Editores.

PÉREZ SÁNCHEZ, Sergio (2006), *Polos de tensión en la escuela secundaria: relaciones entre laicidad educativa y creencias religiosas protestantes*, México, Facultad de Estudios Superiores Aragón de la UNAM. Tesis doctoral en Pedagogía.

PÉREZ SÁNCHEZ, Sergio (2007), *Notas hacia una pedagogía laica en la escuela secundaria*, En memoria electrónica del "IX CONGRESO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN EDUCATIVA", celebrado en Mérida Yucatán, del 5 al 9 de noviembre de 2007.

PÉREZ SÁNCHEZ, Sergio (2008), *Formación de valores en la escuela pública desde una pedagogía laica*. Ponencia Bogotá.

RABY L, David (1974), *Educación y revolución social en México*, traduc. Roberto Gómez Ciriza,

México, SEPSETENTAS.

TENA, Felipe (1985), *Leyes Fundamentales de México 1808 – 1985*. México, Porrúa.

TOURAINÉ, Alain (2005), *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, España, Paidós.

TURNER MARTÍ, Lidia (2009), “Fundamentación martiana de la pedagogía de la ternura” en, *Memoria electrónica del II Encuentro bilateral Cuba-México*, Santiago de Cuba, del 9 al 12 de septiembre.

VÁZQUEZ, Rodolfo (2007), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, México, Ediciones Coyoacán.

VILLASEÑOR, Guillermo (1978), *Estado e Iglesia: El caso de la educación*. México, Edicol, S. A.