



HIPÓTESIS LIBRE

REVISTA DIGITAL

Medio de Divulgación de las
especializaciones de la Universidad
Libre Seccional Cúcuta

Diciembre 2013

Volumen 8

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

Presidente Nacional:

Víctor Hernando Alvarado

Rector Nacional

Nicolás Zuleta Hincapié

Rector Seccional

Iván Ariel Vila Casado

Presidente Seccional

Carlos Alejandro Chacón Moreno

Decano Facultad de Derecho

José Vicente Carvajal

Director del Centro de

Investigaciones

Marcela Flórez Romero

DIRECTOR

Marcela Flórez Romero

COMITÉ DE REDACCIÓN

Luis Alejandro Corzo Mantilla
Luis Enrique Niño Ochoa
Cindy Charlotte Reyes Sinisterra
Marcela Flórez Romero
José Fabio Torres Parada

HIPOTESIS LIBRE

**UNIVERSIDAD LIBRE
SECCIONAL CÚCUTA**
Revista Digital Trimestral

Derechos reservados.

Se autoriza la reproducción de los artículos
citando la fuente y los créditos de los autores.
Los conceptos y opiniones expresados en los
Artículos son responsabilidad de los autores y
no comprometen a la Universidad Libre.

Diagramación: Centro de Investigaciones
Universidad Libre Cúcuta.

Correspondencia:

dirinvestigaciones@unilibrecucuta.edu.co

Universidad Libre Seccional Cúcuta
Seccional Cúcuta Av. 4 N° 12- 81 El Bosque
PBX 582.98.10 Ext. 104
Cúcuta - Norte de Santander - Colombia

Contenido

1	ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, FUNDAMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL PARA LA MUJER TRABAJADORA EN ESTADO DE EMBARAZO Y LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS O DISMINUIDOS.	3
	José Francisco Botello Quintero, Diana Carolina Delgado Flórez Y Eliana Cecilia Medina Ramírez	
2	LA CADUCIDAD EN LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA	25
	Morena P.Cárdenas Suarez, Maira Alejandra Casadiegos Ramírez y Disnarda Roza Toloza	
3	CARACTERIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO	42
	Paola Alexandra Navarro Gallón y Diana Marcela Romero Alcántar	
4	LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN COLOMBIA Y EL DEBIDO PROCESO DEL DEMANDADO	66
	Angélica María Parra González, Martín Eduardo Jáuregui Ramírez e Ingrid Yajaira González Rico	
5	DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES DE JUSTICIA TRANSICIONAL PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LA PAZ EN EL ESCENARIO DE POSCONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA.....	89
	Ariel Alonso Márquez Salazar, Felipe Alberto Rojas Castaño y Álvaro Freddy Contreras	

**1 ESTABILIDAD LABORAL
REFORZADA,
FUNDAMENTACIÓN
JURISPRUDENCIAL PARA LA
MUJER TRABAJADORA EN
ESTADO DE EMBARAZO Y
LOS TRABAJADORES
DISCAPACITADOS O
DISMINUIDOS.**

JOSÉ FRANCISCO BOTELLO
QUINTERO, DIANA CAROLINA
DELGADO FLÓREZ Y ELIANA
CECILIA MEDINA RAMÍREZ

La Corte Constitucional, como máximo órgano del estado encargado de interpretar y salvaguardar la Constitución no ha sido ajeno a esta temática, y ha proferido varias providencias donde se manifiesta la forma en que la Corporación aplica e interpreta la protección a la Estabilidad Laboral Reforzada de la mujer en estado de embarazo y del trabajador discapacitado. La condición especial de los ciudadanos que pertenecen al grupo de las personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por razón a la maternidad o a la discapacidad y disminución en la salud, que pese a estar protegida en la legislación de

Colombia, los trabajadores son despedidos como consecuencia de esta situación, por lo que es necesario conocer los criterios jurisprudenciales para interpretar las normas. El punto de partida de este trabajo consiste en analizar los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional respecto al principio de la estabilidad laboral reforzada para las trabajadoras en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados mediante las sentencias proferidas por dicha Corporación, a su vez, determinar cada uno de los casos donde dicho principio es viable, como también, el método y requisitos para hacer efectivo este derecho.

Palabras clave: Estabilidad Laboral Reforzada, mujer embarazada, trabajador discapacitado, Corte Constitucional.

Abstract

The Constitutional Court, as the highest organ of state responsible for interpreting the Constitution and safeguard was not immune to this issue, and has issued several rulings in which the way the Corporation applies and interprets the protection of employment stability is manifested women, during pregnancy and the disabled worker. The special status of citizens belonging to the group of people who are in a state of

manifest weakness because of maternity or disability and decline in health, despite being protected by the legislation of Colombia, workers are laid off as a result of this situation, so it is necessary for the legal criteria to interpret the law. The starting point of this work is to analyze the judicial rulings of the Constitutional Court regarding the principle of employment stability for workers who are pregnant and disabled workers through the judgments issued by said corporation, in turn, determine each one case where this principle is viable as well, the method and requirements for realizing this right.

Keywords: Job Stability Reinforced, pregnant women, disabled worker, Constitutional Court.

INTRODUCCIÓN

La estabilidad laboral reforzada en Colombia, es un tema innovador que trae consigo una protección constitucional en el empleo a un determinado grupo de personas, que es considerada por la Carta Política como personas de especial protección y/o personas en estado de debilidad manifiesta, entre ellos se encuentra el trabajador discapacitado o disminuido en su salud como también la mujer en estado de embarazo.

El Código Sustantivo del Trabajo, desde

antao con su expedición, previó una protección legal a la mujer en estado de gravidez y dedica un capítulo completo en su articulado a tal grupo de mujeres. Con la entrada en vigencia del concepto de Estado Social de Derecho y a portas de la Constitución Política de Colombia del año 1991, se expide la Ley 50 de 1990, que mejora la condición de la mujer en estado de embarazo, concediéndole entre otros derechos la extensión a doce semanas de la licencia de maternidad y estableciendo sanciones a los empleadores que despidan mujeres en este estado, protegiéndolas así de la discriminación en razón a su sexo y otorgándole a ellas la igualdad frente a los hombres; con posterioridad a esta modificación, en el año 2011 el Congreso de la Republica expide la Ley 1468, que establece que la licencia de maternidad será de catorce semanas y otorga el derecho al padre varón de una licencia remunerada de ocho días hábiles a cargo de la EPS a la cual se encuentre afiliado como cotizante.

Ahora bien, los trabajadores discapacitados o disminuidos físicamente, sensorialmente y psíquicamente también hacen parte del grupo de personas que se les brinda estabilidad en el empleo por mandato constitucional y legal, es preciso

recordar lo expuesto en la Ley 361 de 1997, que fue expedida con el propósito de incluir este grupo de personas en la fuerza laboral de manera digna y sin que llegaren a ser objetos de discriminación por su condición. El trabajador discapacitado en breves palabras, es aquel que ha padecido por consecuencia de una enfermedad o un accidente sin importar la clase de contingencia, una disminución en su capacidad de trabajar, pero también cabe acotar que no solamente es titular de la protección constitucional y legal la persona que acredita una disminución de capacidad laboral, sino también todo aquel trabajador, que este atravesando por una situación temporal que refleje una disminución en el normal desarrollo de sus labores por motivos no solamente físicos sino también psíquicos y sensoriales; una forma de tomar un ejemplo se evidencia en la evolución de los conceptos de enfermedad laboral y accidente de trabajo que entraron en vigencia con la Ley 1562 de 2012.

Actualmente los empleadores, en innumerables casos consideran a este grupo de trabajadores como una carga para el normal desarrollo de la empresa y en vista a ello la tendencia patronal es despedir dichos trabajadores sin importar que gozan de un fuero constitucional que solo puede ser

levantado con la anuencia del Ministerio de Trabajo a través de sus funcionarios; el problema es el trato discriminatorio que buena parte del gremio empresarial promueve en contra de la mujer en estado de gravidez y del trabajador disminuido ya que como se expuso anteriormente, en ellos solo se ve un problema más y no una persona que atraviesa un momento de dificultad para laborar como realmente debería ser.

Las causas de la situación son el propio estado de debilidad manifiesta de los trabajadores ya clasificados que los pone en una situación de indefensión frente a su empleador y los convierte en blanco de abusos y discriminación.

Las consecuencias a futuro serian trágicas en el entendido de que, como la misma Constitución lo expresa, la vida es el derecho más importante de todo ser humano y la dignidad tiene conexidad con ella misma como muchos derechos mas, entonces sí a la criatura que viene en camino no se le brindan las condiciones mínimas de vida a través de la protección de los derechos de su progenitora, pues el estado de embarazo se convertiría en motivo seguro de despido para la mujer, poniendo en peligro su subsistencia y la de su hijo; ahora bien el trabajador disminuido, no es más que una

condición que en la mayoría de los casos es temporal, pero infortunadamente la empresa no lo ve de esta manera, por el contrario lo toma como un problema difícil y de nunca acabar, pensamiento que lleva en la mayoría de las ocasiones a prescindir de trabajadores puestos en condiciones de disminución de su normal desarrollo laboral.

La Corte Constitucional, como máximo órgano del estado encargado de interpretar y salvaguardar la Constitución no ha sido ajeno a esta temática, y ha proferido varias Providencias donde se manifiesta la forma en que la Corporación aplica e interpreta la protección a la Estabilidad Laboral Reforzada de la mujer en estado de embarazo y del trabajador discapacitado. La propuesta de la presente investigación se centró en analizar las posturas en las Sentencias de la Corte Constitucional referente al tema mencionado, entregando como resultados la determinación de los casos, requisitos y métodos donde es viable la protección de este derecho, mediante el estudio de las sentencias proferidas por esta Corporación en los años 2012-2014.

1. METODO

1.1.Sujetos: Para responder a los objetivos del proyecto y atendiendo al

desarrollo del trabajo, el tamaño de la muestra se determinó a criterio del grupo investigador, por conveniencia mediante muestreo voluntario.

La Corte Constitucional ha desarrollado el tema desde que se planteó el nuevo sistema de Seguridad Social, para la investigación se tomaron las sentencias proferidas desde el año 2012 al año 2013 que contengan situaciones tanto fácticas como jurídicas donde exista fundamentación jurisprudencial para la mujer trabajadora en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados o disminuidos.

Por lo tanto la muestra es:

CUADRO N 1: Sentencias de la Corte Constitucional respecto de la estabilidad laboral reforzada en mujer embarazada

AÑO	NUMERO	SALA DE REVISIÓN	SENTENCIA	FECHA
2012	1	Octava	T-056	09/02/2012
2012	2	Cuarta	T-406	31/05/2012
2012	3	Tercera	T-662	24/08/2012
2013	4	Sexta	T-008	21/01/2013
2013	5	Plena	SU-070	13/02/2013

Fuente: Diana Carolina Delgado Flórez, Eliana Cecilia Medina Ramírez y José

Francisco Botello Quintero.2014

CUADRO N 2: Sentencias de la Corte Constitucional respecto de la estabilidad laboral reforzada en personas con discapacidad.

AÑO	NUM	SALA DE REVISIÓN	SENTENCIA	FECHA
2012	1	Primera	T-111	20/02/2012
2013	2	Octava	T-116	07/03/2013
2013	3	Séptima	T-457	15/07/2013
2013	4	Octava	T-605	02/09/2013
2013	5	Quinta	T-706	16/10/2013

Fuente: Diana Carolina Delgado Flórez, Eliana Cecilia Medina Ramírez y José Francisco Botello Quintero.2014

1.2. Técnicas e instrumentos: Las técnicas e instrumentos para este trabajo es la observación y técnicas de análisis de documentos, en referencia el análisis de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional con respecto de la fundamentación jurisprudencial para la mujer trabajadora en estado de embarazo y los trabajadores discapacitados o disminuidos, utilizando como instrumento dos fichas de observación y análisis.

1.3. Procedimiento: El procedimiento de este artículo científico, determinará

cuando es viable la estabilidad laboral reforzada como protección en las trabajadoras en estado de embarazo y trabajadores discapacitados o disminuidos según los pronunciamientos de la Corte Constitucional, desde el estudio de sentencias proferidas por la mencionada Corporación en los años 2012 y 2013, con la observación y el análisis, configurando la teoría o precedente que en la actualidad se está desarrollando.

Por lo cual, se realizarán tablas donde se observará dos teorías a cada lado, y como las sentencias han desarrollado dichas preguntas, creándose una línea jurisprudencial. En este orden de ideas, se crearán dos tablas, la primera, que desarrolla el tema de los casos en que procede la protección al derecho de la estabilidad laboral reforzada en la mujer embarazada y la segunda tabla el tema de los casos en que procede la protección al derecho de la estabilidad laboral reforzada en trabajadores discapacitados, se distribuirá la tabla en tres(03) filas, la primera fila contiene la teoría A de las sentencias y la tercera fila referencia la teoría B, en el centro se encuentran aquellas sentencias analizadas ordenadas de un lado u otro dependiendo de con cual teoría se desarrollo el caso en concreto.

2. RESULTADOS

2.1 ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, FUNDAMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL PARA LA MUJER TRABAJADORA EN ESTADO DE EMBARAZO

CUADRO N 3:

¿Cuáles son los casos donde es viable el principio de la estabilidad laboral reforzada de las trabajadoras en estado de embarazo según los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional?		
El derecho de estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada solo será protegida	T-095/08	El derecho de estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada será protegida cuando existan los siguientes supuestos:
-Despido o desvinculación se haya producido durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto.	T-406/12	-Despido o desvinculación se haya producido durante el embarazo o dentro de los tres meses
-No exista	T-662/12	

autorización expresa del inspector de trabajo o resolución motivada del jefe respectivo.	T-008/13	siguientes al parto. -No exista autorización expresa del inspector de trabajo o resolución motivada del jefe respectivo.
-El despido no está directamente relacionado con una causa objetiva y relevante que lo justifique.	SU 070/13	-El despido no está directamente relacionado con una causa objetiva y relevante que lo justifique.
-La terminación o despido amenace el mínimo vital de la mujer o del que esta por nacer.		-La terminación o despido amenace el mínimo vital de la mujer o del que esta por nacer.
-Que exista aviso expreso al empleador sobre el embarazo.		A su vez, este derecho se extiende a toda modalidad de contratos.
Además de que solo se garantizará en contratos laborales.		

--	--	--

Fuente: Diana Carolina Delgado Flórez, Eliana Cecilia Medina Ramírez y José Francisco Botello Quintero.2014

2.2. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, FUNDAMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL PARA LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS O DISMINUIDOS

CUADRO N 4:

¿Cuáles son los casos de viabilidad del principio de la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores discapacitados según los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional?		
La estabilidad laboral reforzada de los trabajadores en estado de debilidad	T-111/12	La estabilidad laboral reforzada de los trabajadores en estado de debilidad

manifiesta solo se dará cuando: -Cuando la persona esté vinculada mediante contrato de trabajo. -Sea despedido por mediar alguna incapacidad sin importar su duración. -Debe estar valorado por Junta de Calificación, respecto del porcentaje de pérdida de capacidad laboral. -No prospera estabilidad laboral reforzada cuando no se acredita cumplir con el requisito de la inmediatez y subsidiariedad	T-116/13 T-457/13 T-605/13 T-706/13	manifiesta solo se dará cuando: -Se acredite que existió contrato realidad (Cooperativas, OPS y EST) - Se demuestre nexo causal entre el despido y la enfermedad del trabajador -No es necesario estar valorado por Junta de Calificación de Invalidez. -La inmediatez se cuenta a partir de la fecha del despido del trabajador. -La subsidiaridad se verifica cuando el accionante ya ha iniciado los medios
---	--	---

<p>.</p> <p>-Las personas vinculadas en provisionalidad, pueden ser despedidas de manera objetiva, cuando se nombra otra persona en el mismo cargo por concurso de meritos.</p> <p>-Las entidades territoriales, solo tienen la obligación de conservar en el cargo a los funcionarios que les reste tres años o menos para pensionarse.</p> <p>-La estabilidad laboral reforzada prospera únicamente cuando existe nexo causal entre el</p>		<p>ordinarios de defensa de sus derechos</p> <p>-Las entidades territoriales deben conjurar la protección de la estabilidad laboral reforzada, de las personas en estado de debilidad y que se encuentren en provisionalidad, reubicando dichas personas en las mismas condiciones pero en distinto cargo.</p> <p>-Para que el accionante reciba protección constitucional, únicamente debe acreditar que se encuentra en un estado de</p>
--	--	--

<p>despido y la condición del trabajador y cuando este ultimo avisa al empleador el padecimiento que atraviesa</p>		<p>invalidez o de debilidad manifiesta.</p>
--	--	---

Fuente: Diana Carolina Delgado Flórez, Eliana Cecilia Medina Ramírez y José Francisco Botello Quintero.2014

3. DISCUSIÓN

3.1. ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, FUNDAMENTACIÓN JURISPRUDENCIAL PARA LA MUJER TRABAJADORA EN ESTADO DE EMBARAZO

El derecho a la estabilidad laboral reforzada en la mujer trabajadora en estado de embarazo se encuentra fundamentado principalmente en la Constitución Política de Colombia en sus artículos: 13, que protege a aquellas personas en estado de vulnerabilidad o debilidad manifiesta para el caso las mujeres en estado de gestación, 43, que establece que estas últimas se hacen acreedoras de una protección especial y el artículo 53 enuncia los principios mínimos fundamentales que deben observarse en el estatuto del trabajo y donde se encuentra el principio de la estabilidad laboral reforzada.

Por tal razón, las sentencias de la alta Corporación de la Jurisdicción Constitucional, en su principal deber, es velar por la protección de la Constitución y los derechos fundamentales, atribuye el derecho mencionado anteriormente un análisis minucioso para su reconocimiento y protección en los casos que sean viables, es así, como las diferentes providencias de la Corte Constitucional han desarrollado este tema de la siguiente manera:

Constituye a este derecho en protección constitucional especial, pues se encuentra estipulado en su desarrollo constitucional y legal, como lo referencia lo siguiente:

“Así las cosas, de la interpretación sistemática de estos presupuestos constitucionales, se ha configurado el especial amparo que merece la mujer en estado de gravidez, lo que deriva en la figura de la estabilidad laboral reforzada, cuyo objetivo es garantizar que a la mujer en estas condiciones no se le dé por terminada su relación de trabajo, por razón de su embarazo.” Sentencia T-406 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

3.1.1. Criterios jurisprudenciales para determinar el derecho de la estabilidad laboral reforzada en la mujer embarazada

Considerando la línea jurisprudencial y el cambio de la misma con el tiempo, la Corte Constitucional dispuso unos criterios para verificar la viabilidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada en la mujer embarazada en los siguientes casos:

1. Que el despido o la desvinculación se haya producido durante el embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto.
2. Que la terminación se haya efectuado sin la autorización expresa del inspector del trabajo, si se trata de trabajadora oficial o privada, o sin la resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública.
3. Que el empleador haya conocido o deba haber conocido el estado de embarazo de la trabajadora.
4. Que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique
5. Que la terminación del vínculo laboral o el despido amenace el mínimo vital de la mujer o del que está por nacer.

Lo anterior fue mencionado desde el año 1998 y reiterado hasta la sentencia

T-687 de 2008, pues en busca de la protección de este derecho la sentencia T-095 de 2008, establece que el criterio del conocimiento por parte del empleador no es necesario para determinar si tiene o no la protección del derecho en mención, solo determinará el grado de protección y para efectos del reconocimiento de derechos. Así queda demostrado en la siguiente reiteración:

“Sin embargo, recientemente la sentencia T-095 de 2008 – reiterada por las sentencias T-687 de 2008, T-1069 de 2008, T-181 de 2009, T-371 de 2009, T-649 de 2009, T-004 de 2010, T-069 de 2010, T-667 de 2010, T-699 de 2010, T-990 de 2010, T-021 y 024 de 2011, T-054 de 2011, T-105 de 2011, T-894 de 2011, T-082 de 2012 y T-126 de 2012, entre muchas otras – reinterpretó el alcance del requisito del aviso, en el sentido de que éste no era lo fundamental para que existiera fuero de maternidad, sino el hecho de que se demostrara que el embarazo se hubiese iniciado en vigencia de la alternativa laboral desarrollada por la mujer gestante.” (Sentencia SU 070 de 2013. M.P. Alexei Julio

*Estrada*¹).

De tal manera, quedan establecidos los criterios para el reconocimiento de este derecho.

3.1.2. Reglas del alcance de la protección reforzada a la maternidad y a la lactancia en el ámbito del trabajo

Teniendo en cuenta que existen diferentes modalidades de contrato, la jurisprudencia ha determinado el alcance de la protección estudiando cada modalidad de contrato y que de esta manera fue unificada en la sentencia SU 070 de 2013, además de que dicho derecho es aplicable sin importar la relación laboral o la modalidad de contrato.

De tal manera para el *contrato a término indefinido*, cuando el empleador conoce el estado de gestación de la empleada y la despide sin la previa calificación de la justa causa por parte del inspector del trabajo; en este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de

¹ Nota: Aunque no todas las Salas de Revisión acogieron la anterior postura (sentencias T-005 de 2009, T-305 de 2009, T-621 de 2009, T-405 de 2010 y T-420 de 2010, entre otras), la mayoría de los casos decididos con posterioridad a esta sentencia reiteraron dicha línea jurisprudencial.

percibir², este caso opera igualmente en el *contrato a término fijo o de obra o labor*

Cuando el empleador desconoce el estado de gestación de la empleada y adujo justa causa, debe reconocer las cotizaciones durante el periodo de gestación y la justa causa debe llevarla ante juez ordinario laboral³. Ahora caso contrario, cuando éste (el empleador) desconoce el estado de embarazo de la trabajadora, pero no aduce justa causa, en consecuencia debe mínimo reconocer las cotizaciones durante el periodo de embarazo y el reintegro si se demuestra que las causas del contrato laboral no desaparecen. Así pues, bajo esta hipótesis, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, los cuales serán compensados con las indemnizaciones recibidas por concepto de despido sin justa causa.

Ahora para los contratos a término fijo o de obra o labor ocurre una variante en los casos, cuando se vence el contrato y alegando como justa causa el vencimiento del plazo pactado, entonces el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el

² Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.

³ El fundamento de esta protección es el principio de solidaridad y la consecuente protección objetiva constitucional de las mujeres embarazadas.

inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela.

Pero puede pasar que el empleador no conoce del embarazo de su trabajadora y la desvincula antes del vencimiento del contrato, para tal caso, sólo se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; la renovación del contrato sólo será procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Adicionalmente se puede ordenar por el juez de tutela

que se paguen las indemnizaciones por despido sin justa causa. En contrario sensu, si alega justa causa distinta a la modalidad del contrato, se debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la discusión sobre la configuración de la justa casusa se debe ventilar ante el juez ordinario laboral. Y como último si el empleador alega como justa causa el vencimiento del término del contrato, en este caso la protección consistiría mínimo en el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación del contrato sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. En este caso no procede el pago de los salarios dejados de percibir, porque se entiende que el contrato inicialmente pactado ya había terminado.

En los casos *de mujer embarazada en cooperativa de trabajo asociado*, se debe demostrar la existencia de un contrato de realidad, así la cooperativa y la empresa donde realice labores serán responsables solidariamente.

Cuando se trate de *mujer embarazada en empresa de servicios temporales* deberán aplicarse las reglas propuestas para los contratos a término fijo o para los contratos por obra o labor,

dependiendo de la modalidad contractual empleada por la EST, se entenderá que hubo conocimiento del estado de embarazo por parte del empleador cuando al menos conociera de éste (i) la cooperativa de trabajo asociado, (ii) la empresa de servicios temporales, o (iii) el tercero o empresa usuaria con el cual contrataron. Igualmente, deberá preverse que el reintegro procederá ante el tercero contratante o la empresa usuaria, y que en todo caso el lugar de reintegro podrá cambiar y ordenarse según el caso a la empresa usuaria o la cooperativa o EST, de resultar imposibilitada una u otra para garantizarlo.

Otro acontecimiento cuando haya *mujer embarazada en contrato de prestación de servicios*, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Corte Constitucional ha dispuesto que se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las características del contrato de prestación de servicios, se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Si el suceso es de *mujer embarazada en provisionalidad en cargo de carrera*.

“Se aplicarán las siguientes reglas: (i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quién ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia”. (Sentencia SU 070 de 2013. M.P. Alexei Julio Estrada).

Cuando se trata *de mujer embarazada en cargos de libre nombramiento y remoción* y el empleador tuvo conocimiento antes de la declaratoria de insubsistencia habría lugar al reintegro y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, pero si por el contrario no tuvo conocimiento, se aplicará la protección consistente en el pago de cotizaciones requeridas para el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Y como último caso en el estudio, si se trata del cargo de una trabajadora embarazada de carrera administrativa que es suprimido por cuenta de la liquidación de una entidad pública o por necesidades del servicio, en el caso de la liquidación de una entidad pública, si se crea con posterioridad una entidad destinada a desarrollar los mismos fines que la entidad liquidada, o se establece una planta de personal transitoria, producto de la liquidación, habría lugar al reintegro en un cargo igual o equivalente y al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir; de forma distinta si es liquidada la entidad pública y no se desarrolla ninguna entidad transitoria se deberá ordenar el pago de los salarios y prestaciones hasta que se configure el derecho a la licencia de maternidad.

3.2. ESTABILIDAD LABORAL

**REFORZADA,
FUNDAMENTACIÓN
JURISPRUDENCIAL PARA LOS
TRABAJADORES
DISCAPACITADOS O
DISMINUIDOS.**

Los trabajadores que se encuentran en la fuerza laboral activa, se encuentran expuestos a una serie de contingencias, que en la mayoría de oportunidades se conocen de manera previa. El trabajador que todo el día se encuentra sentado digitando en un computador, sabe que con el pasar de los días y con el normal desgaste diario del trabajo, pueden aparecer enfermedades de columna y del túnel carpiano o muchos de los mineros saben que están expuestos a derrumbes dentro de los socavones, como también a fracturas y hernias por cargas pesadas de elementos de trabajo. Ante estas y mas posibles eventualidades, la Ley 361 de 1997 fue expedida por el honorable Congreso de la Republica, siendo una garantía en el empleo para los trabajadores que tienen ya una discapacidad adquirida, o que sin tenerla entran en un estado de debilidad manifiesta, por razón u ocasión de su trabajo; así las cosas, los trabajadores se pueden clasificar dentro de diferentes grupos que deben ser protegidos por la estabilidad laboral reforzada, de la cual hace mención la Constitución Política y

es interpretada en las providencias de la Corte Constitucional.

Se explicó de manera precisa el concepto de trabajador en estado de debilidad manifiesta y limitó su concepto en el siguiente pronunciamiento:

“Para resolver el anterior interrogante interesa resaltar la unificación que hace La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), de los términos que han de tenerse en cuenta para identificar una situación de discapacidad. En primer lugar, la **deficiencia**, entendida como los trastornos en la apariencia o funcionamiento de un órgano, por ejemplo, la pérdida parcial del funcionamiento de un órgano. En segundo lugar, la **discapacidad** que viene a reflejar las consecuencias de la deficiencia a partir del rendimiento funcional y de la actividad del individuo, por ejemplo, la disminución en el rendimiento o la

destreza al momento de realizar una actividad. Y, finalmente, la *minusvalía*, que corresponde a las desventajas que producen en el individuo, las deficiencias y las discapacidades, al relacionarlas con el contexto social, por ejemplo, las dificultades para conseguir un empleo. De ahí que deba entenderse que una **persona con discapacidad** es aquella que sufre limitaciones sustanciales en la cantidad y calidad de actividades que debe realizar cotidianamente, o que enfrenta barreras en su participación social como persona debido a una condición de salud física o mental”. (Sentencia T-116 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada)

Expuesto lo anterior, se llega a deducir, cual debe ser la situación del trabajador para que este sea protegido por ese fuero llamado, estabilidad laboral reforzada, debe tenerse en cuenta, que la situación física, psicológica y sensorial que atraviesa el trabajador, debe afectar

directamente su productividad y su desempeño cotidiano en el trabajo, en base a ello, no cualquier trabajador puede pretender ser protegido en la estabilidad del empleo, para realmente ser sujeto de derechos, debe reunir unos requisitos mínimos, en su rol interpretativo de la legislación en Colombia, solo lo hace la Corte Constitucional.

También esta Corporación hace una clasificación muy acertada de las lesiones que puede padecer un trabajador en el desempeño del cargo:

“De lo dicho hasta ahora se concluye que la discapacidad se hace manifiesta en las limitaciones que encuentra una persona al desempeñar sus labores cotidianas. De este modo, una limitación en la actividad puede provenir de discapacidades (i) leves: cuando la reducción de la capacidad del individuo para desempeñar sus actividades cotidianas es mínima y no interfiere en su productividad; (ii) moderadas: cuando limita parcialmente sus actividades cotidianas y su productividad; o (iii)

graves: cuando la reducción de la capacidad es tal que lo hace completamente dependiente y poco productivo. Estas discapacidades pueden estar o no reflejadas en un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, dependiendo si han sido o no calificadas por una Junta de Calificación de Invalidez". (Sentencia T-116 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada)

La jurisprudencia de la Corporación Constitucional, ha reiterado el criterio mediante el cual, una persona no necesariamente debe acreditar su discapacidad, minusvalía y deficiencia a través de un certificado de pérdida de capacidad laboral expedido por las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez⁴, basta simplemente demostrar o acreditar por parte de quien ostenta la calidad de disminuido, la relación que existe entre el anormal desempeño del trabajo y la enfermedad común o profesional que lo aqueja, para llegar a inferir que en base a una contingencia temporal o definitiva, se ha visto reducido en el

cumplimiento de sus deberes laborales. El empleador tiene a su disposición en primera instancia, la protección que de forma unilateral debe brindar a los trabajadores que se encuentran disminuidos físicamente en el normal desempeño de sus labores análogas, como consecuencia de este deber que le atribuye la Ley, solo se ha observado en la mayoría de casos, que ha abusado del mismo, en vez de procurar la protección a la parte débil del contrato, quien es el trabajador, por lo tanto, la jurisprudencia ha creado un criterio que ha sido reiterado por sendas providencias, como el que veremos a continuación:

“Así, tratándose de una persona en circunstancias de debilidad, y el empleador tenga conocimiento de dicha situación, cuando éste sea despedido sin la autorización de la oficina del trabajo, tiene aquél el deber de probar que la razón del despido no tiene ninguna conexión con las limitaciones del trabajador, pues de lo contrario se configuraría

⁴ Véase también las sentencias: T-111/2012, T-457/2013, T-706/2013 entre otras.

un trato discriminatorio injustificado. Y la carga de la prueba está en cabeza del empleador, porque es él quién toma la decisión de no renovar el contrato o de terminarlo anticipadamente, y tiene conocimiento de las circunstancias en que se desarrolla la actividad productiva y de las motivaciones de la decisión, pero además, porque el trabajador se halla en estado de debilidad respecto de la relación laboral y cuenta con la especial protección constitucional descrita.”(Sentencia T-112 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa)

El anterior criterio, es más que una interpretación de los hechos que se configuran a diario en las relaciones de trabajo, el empleador termina contratos de trabajo a termino fijo, por labor u obra contratada, argumentando que existió causal objetiva de terminación de la relación, como lo es la expiración del plazo fijo pactado inicialmente y la

culminación de la obra respectivamente, en respuesta a dichos casos donde se evidencia que el gremio empresarial, argumenta una causal de despido objetiva lo anteriormente mencionado. La Corte ha dicho que para poder despedir un trabajador en estas condiciones, debe mediar autorización expresa del Ministerio de Trabajo a través de sus inspectores, de lo contrario se torna el despido ineficaz y procedería el reintegro y una indemnización a favor del trabajador que se encuentra consagrada en la Ley 361 de 1997.

Por tal razón, la acción de tutela es un medio de defensa judicial de carácter residual y preferente, solo se debe incoar cuando no existe otro medio de defensa judicial o si existiere, no es lo suficiente eficaz para procurar la protección de los derechos fundamentales y un eventual perjuicio irremediable, de este modo se ha tomado como línea jurisprudencial en los casos que son objeto de revisión, en el supuesto de hecho de los trabajadores que utilizan el medio de la acción de tutela para la protección de la estabilidad laboral reforzada, donde se debe observar las reglas básicas de protección de los derechos fundamentales a la estabilidad en el empleo, salud y mínimo vital entre otros, pero también el accionante debe

reunir los requisitos de subsidiaridad e inmediatez, obsérvese el siguiente extracto:

“En primera medida, frente al requisito de subsidiariedad, se verificó que el peticionario disponía de otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral, sin embargo no ejerció las respectivas acciones ante la autoridad competente para dirimir su conflicto. Por tanto, no acreditó el cumplimiento del agotamiento de los medios de defensa judicial con que contaba y, en esta medida no satisfizo la observancia de este requisito.

Ahora, frente a la acreditación del requisito de inmediatez, a pesar que la Sala concluye que existieron irregularidades respecto a la desvinculación laboral del actor, la acción de tutela es

improcedente por inobservancia de éste requisito de procedibilidad, en consideración a los siguientes fundamentos:

- (i) *Se verificó que el actor fue despedido el 26 de agosto de 2011 y estuvo inactivo hasta el 14 de agosto de 2012, fecha en la cual radicó derecho de petición ante Prosegur Transportadora de Valores, para que le informaran el motivo por el cual fue despedido, y el 12 de septiembre de 2012 lo presentó ante Teseval aduciendo las mismas razones. Esto es aproximadamente 12 meses después de que se efectuó el despido. (Folio 6-7)*

(ii) *No interpuso la acción de tutela dentro de un término razonable a partir de la ocurrencia de los hechos que daban lugar a la amenaza o violación de los derechos*

DESTACA

fundamentales, pues el despido se efectuó el 26 de agosto de 2012 y la acción de amparo fue impetrada el 31 de octubre de 2013, de lo cual se colige que dejó transcurrir 14 meses aproximadamente desde la notificación de la terminación del vínculo laboral y el ejercicio de la acción de tutela. (Folio 9-10)

(iii) *En el presente caso, el petionario no acreditó alguna razón que justificara o explicara su inacción, como sería el caso de fuerza mayor o caso fortuito. Además, si la protección, pese a ser extemporánea, es absolutamente urgente para garantizar de manera inmediata un derecho fundamental cuya transgresión resulte desproporcionada respecto de la carga que debe soportar debido a su inacción". (Sentencia T-457 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).*

Infelizmente para o trabalhador, a Corte Constitucional denegou o amparo

a sus derechos fundamentales, por cuanto no se observaron los requisitos mínimos que deben reunirse en la acción de tutela como es la acreditación de la acción que debe ser pronta e inmediata en el tiempo y el inicio de los mecanismos ordinarios de defensa, para este caso particular, la Corte no debió darle tanta importancia a la inmediatez y subsidiariedad, por cuanto, el estado de salud del accionante es precario, hubiese sido adecuado tener en cuenta factores tales como: el desconocimiento del accionante de los medios de defensa por su ignorancia y el error en el que lo hizo incurrir su empleador de que su contrato terminaba porque finalizó el contrato de servicios que lo vinculaba a él con un tercero.

3.2.1. Criterios jurisprudenciales para determinar el derecho de la estabilidad laboral reforzada en los trabajadores discapacitados o puestos en estado de debilidad manifiesta.

Considerando la línea jurisprudencial y el cambio de la misma con el tiempo, la Corte Constitucional dispuso unos criterios para verificar la viabilidad del derecho a la estabilidad laboral reforzada en los trabajadores discapacitados, disminuidos físicamente, psicológicamente y sensorialmente, como también los que se encuentren en debilidad manifiesta

en los siguientes casos:

1. La estabilidad laboral reforzada, debe otorgarse a aquella persona que acredite que atraviesa una situación que lo tiene en disminución del desempeño de sus actividades cotidianas en relación con su trabajo.
2. El empleador tenga conocimiento de tal situación, es decir, de la discapacidad del trabajador o de su disminución física, psicológica y sensorial, a través de las respectivas incapacidades, hojas de diagnóstico médico e historia clínica.
3. Se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador, la carga de la prueba en desvirtuar dicho nexo le compete al empleador, por disposición de la Corte Constitucional en sus providencias.
4. Que el empleador no haya solicitado la autorización del Ministerio del Trabajo, para dar por terminado el contrato de trabajo.
5. Para el caso del sector público, que la entidad:
 - No haya realizado el procedimiento de

- reubicación de los trabajadores en provisionalidad.
- Que verificado y comprobado que no se pudo reubicar el trabajador en provisionalidad, a este no se le hayan pagado los aportes a la seguridad social, con el fin de garantizar como mínimo su derecho fundamental a la vida en conexidad con la salud.
6. Existió un contrato de trabajo entre el accionante y el accionado o;
 7. Se demuestre por parte del accionante, que existió un contrato realidad, entre este y el accionado, para los casos de los operarios de prestación de servicios, los asociados cooperados, los contratistas independientes y los trabajadores en misión.
 8. Que el accionante que pretende el amparo al derecho a la estabilidad laboral reforzada, acredite que cumplió con los principios de inmediatez y subsidiariedad, elementos característicos de las acciones de tutela.

Los anteriores requisitos deben ser observados por los jueces de tutela, cuando a sus despachos lleguen los trabajadores en procura de la defensa de la estabilidad laboral reforzada, dichos requisitos se pueden encontrar plenamente en las Sentencias de Tutela relacionadas a continuación y proferidas en los años 2012 y 2013, pero que han encontrado su soporte en sentencias hito proferidas en los años 2006, 2009 y 2011: Sentencia T-112 del 2012, Sentencia T-116 del 2013, Sentencia T-457 del 2013, Sentencia T-605 del 2013 y Sentencia T-706 del 2013.

BIBLIOGRAFÍA

- López Medina, D. E. (2009). El derecho de los jueces. 2a.Edición. Bogotá. Editorial LEGIS.
- Colegio de Abogados del T. (2013) “Compendio teórico práctico de derecho del trabajo”. 1era Edición. Bogotá. Editorial LEGIS.
- Rodríguez, J. (2012). “Guía Relaciones Laborales y Prestacionales”. 1era Edición. Bogotá. Editorial Doctrina y Ley Ltda.
- Giraldo, J. A. (2002). El fuero laboral constitucional. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-22.pdf>

Giraldo, D. I. (2006). El fuero laboral de origen constitucional para trabajadores discapacitados. Medellín. Universidad EAFIT. Disponible en: http://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/472/DianaIsabel_GiraldoCa%C3%B1ola_2006.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Fernández, A. J. y Quijena, C. O. (2012). Las justas causas de despido de la estabilidad laboral reforzada. Santiago de Cali. Universidad ICESI. Disponible en: http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/66789/1/justas_causas_despido.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL.
Relatoría. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co

2 LA CADUCIDAD EN LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA

MORENA P.CÁRDENAS SUAREZ,
MAIRA ALEJANDRA CASADIEGOS
RAMÍREZ Y DISNARDA ROZO
TOLOZA

Resumen

La caducidad de la acción es un fenómeno que tiene por objeto consolidar situaciones jurídicas, que de lo contrario permanecerían indeterminadas en el tiempo, creando con ello inseguridad jurídica, pues, una vez configurada impide el acudir ante la Jurisdicción para que sea definida por ella, determinada controversia. Con la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2002, se introdujo una modificación al Código Contencioso Administrativo en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción de reparación directa, con el fin de reclamar los daños derivados del delito de desaparición forzada, esto es a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo

definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción, pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.

Palabras clave: Desaparición forzada, caducidad, reparación directa.

Abstract

The bar of the action is a phenomenon that aims to strengthen legal situations that would otherwise remain undetermined time, thereby creating legal uncertainty, since once configured prevents appear before the Court for it to be defined by her particular dispute. with the enactment of Law 589 of 2002, an amendment to the Administrative Code regarding the time that starts counting the term to try to repair direct action in order to claim damages from crime was introduced of enforced disappearance, ie "from the date on which appears the victim or otherwise from the enforcement of the final decision taken in criminal proceedings, notwithstanding that such action may be attempted from the time the events occurred that resulted in the disappearance

Keywords: Enforced disappearance, revocation, direct repair

INTRODUCCION

Los instrumentos que establecen sistemas generales de protección de los derechos humanos, consagrando la responsabilidad internacional de los Estados Parte son principalmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que desarrollan la Declaración Universal de Derechos Humanos. En el ámbito regional americano, hay que destacar la Convención Americana sobre derechos humanos.

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, el desarrollo de los derechos humanos ha dado lugar a otros instrumentos y mecanismos específicos destinados a proteger ciertas personas en situación especial –mujeres, niñez, pueblos indígenas, población refugiada y desplazada, personas discapacitadas, trabajadores migratorios– o ciertas violaciones de los derechos humanos

particularmente graves, como el genocidio, la discriminación racial, la discriminación contra la mujer, la tortura, o la desaparición forzada de personas.

Acorde al Informe del Grupo de Trabajo Sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas (2002), la desaparición forzada de personas, reconocida como fenómeno que afecta no sólo a nuestro país, reviste carácter universal tan inclemente como complejo, ocurre en más de 90 países en todas las regiones del mundo, y ha dado lugar a enorme cantidad de información, fallos de las cortes y reflexiones filosóficas, y en otros campos del saber especialmente relacionadas con la contradicción entre el desarrollo del ser humano y el fuerte empuje –que surge independientemente del grado de avance económico y cultural- a aplicar el poder y la fuerza, desconociendo por completo el estatuto del otro como semejante.

La comunidad internacional, ha venido construyendo un marco jurídico representado en el derecho internacional, suscrito en su mayor parte por el Estado colombiano. La afrenta a los derechos humanos en cualquier lugar del mundo, es ahora un agravio universal a todos los

⁵ Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor en Colombia el 23 de marzo de 1976 en virtud de la Ley 74 de 1968.

hombres y mujeres del planeta. Al cometer una desaparición forzada, se violan casi todos los derechos fundamentales y la desaparición forzada es considerada por el derecho internacional como un crimen de lesa humanidad.

Los instrumentos jurídicos son los siguientes:

La Constitución Política de Colombia de 1991, consagra el deber de respeto y garantía de los derechos humanos a que se ha obligado el Estado colombiano al ratificar los instrumentos internacionales. Su fundamento se encuentra recogido en el artículo 93 de la Constitución, que reza:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en

esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia

La Ley 589 del año 2000, regulando los delitos de desaparición forzada, tortura y genocidio y dictando otras disposiciones a este efecto.

La Ley 589 del año 2000. Artículo 165 tipifica la desaparición forzada como delito autónomo

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, el presente paper se analiza la caducidad en la acción de reparación directa por la desaparición forzada, toda vez, que este hecho es muy común en Colombia, dado el conflicto interno que por décadas ha asolado al país.

Para lo cual se basó en la recopilación en diferentes documentos de la acción de caducidad, en los delitos de desaparición forzada en Colombia, para lo cual se inicia con los antecedentes en Colombia, acorde a la tipificación

universal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

LA CADUCIDAD EN LA ACCIÓN
DE REPARACIÓN DIRECTA POR EL
DELITO DE DESAPARICIÓN
FORZADA

Colombia no ha sido ajena a la práctica de la desaparición forzada, a pesar de que el constituyente de 1991, garantiza en el artículo 12 la prohibición general de ser sometido a ella, recogiendo así lo dispuesto en el artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

En Colombia, la primera vez que se trató de incorporar a la legislación nacional este delito fue mediante el proyecto de Ley 152 de 1992 Senado y 331 de 1993 Cámara, en el que se pretendió definir como sujetos activos de la desaparición forzada no solo a los agentes estatales sino también a los guerrilleros, cuando hacen desaparecer personas por conflictos armados internos, para castigar a los desertores o por problemas de mando y seguridad; a los

narcotraficantes, que utilizaban la desaparición para saldar cuentas o vengar anteriores ofensas de ex colaboradores en el negocio y a los paramilitares. (Gaceta del Congreso, núm. 171 de junio 3 de 1993).

Sin embargo, el presidente de la época, César Gaviria Trujillo, objetó el 6 de junio de 1994 este proyecto de ley, pues consideró que sus disposiciones eran contrarias a los artículos 91⁶ y 221⁷ de la Carta Política, porque prohibía aducir que la conducta de desaparición se había cometido en relación con el servicio, cuando se atribuían a los miembros de la fuerza pública en servicio activo y además porque no se aceptaba que pudiera alegarse como eximente de responsabilidad la obediencia debida, artículos que no hacían sino adelantarse a la Convención Interamericana sobre

⁶ Const. Pol., art. 91: “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden

⁷ Const. Pol., art. 221, modificado por el acto legislativo 2 de 1995: “De los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”

Desaparición Forzada de Personas, que prohíbe jurisdicciones especiales como la militar para juzgar a los autores del delito de desaparición forzada, el fuero militar y la eximente de obediencia debida (arts. VIII y IX).

La desaparición forzada de personas fue calificada como delito de lesa humanidad en el año de 1983 por la Organización de Estados Americanos (OEA) mediante Resolución 666 XIII-0/83. Entre los años 1990 y 2007 se firmaron varios instrumentos internacionales relacionados con la desaparición forzada de personas, a saber:

- i). En 1992 la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 47/133 del 18 de diciembre);
- ii). En 1994 la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
- iii). La tipificación universal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.
- iv). Y finalmente en el 2007 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el texto de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

El legislador tipificó la desaparición forzosa como delito en la Ley 589 de 2000 y 599 del mismo año considerándola como la privación de la libertad a la que es sometida una persona por un particular perteneciente a un grupo armado al margen de la ley cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndolo del amparo de la ley. También incurren en el delito, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, que realice la conducta descrita anteriormente. De lo anteriormente expuesto, se concluye que la desaparición forzada es un delito considerado nacional e internacionalmente como de lesa humanidad, que se extiende en el tiempo, desde el momento mismo en que la persona es privada de la libertad, continúa con su ocultamiento y culmina con la aparición de la víctima o con el conocimiento de su paradero.

El delito de desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple de numerosos derechos

reconocidos, a saber: el derecho a la libertad y seguridad, incluso si se trata de una detención legal cuando al detenido no se le informa sobre las razones de su detención y los cargos en su contra; el derecho a ser llevado sin demora ante un juez, de ser juzgado dentro de un plazo razonable y conforme a las formas propias de cada juicio establecidas en la Constitución y en la ley, y a interponer los recursos de ley para controlar la legalidad de su privación de la libertad; el derecho a la vida, pues la desaparición frecuentemente implica la ejecución de los detenidos en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver, con objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes la cometieron; la dignidad humana; el reconocimiento de la personalidad jurídica; y el derecho a no ser objeto de tortura ni a otras penas o tratos inhumanos, degradantes y crueles.

Sin embargo, a pesar de ser un delito pluriofensivo, el legislador colombiano ponderó entre todos esos derechos vulnerados el derecho a la libertad y el derecho a una detención legal de parte de los agentes del Estado, conforme a las reglas establecidas en el

Código de Procedimiento Penal, y por esta razón, lo incluyó en los delitos contra la libertad individual y otras garantías.

El delito de desaparición forzada debe existir en un primer momento una privación de la libertad que debe realizarse dentro de la vigencia de este tipo penal. Por tanto, no es correcto tomar este elemento de otro delito como, por ejemplo, el secuestro o de la detención arbitraria para sumarlo posteriormente al segundo elemento de la conducta de desaparición forzada, que consiste en el ocultamiento y falta de información sobre la persona privada de la libertad.

La conducta exigida en el artículo 165 del Código Penal está compuesta, por dos actos sucesivos, que en algunos casos pueden ser instantáneos o con una mínima duración, o en otros con una diferencia considerable de tiempo entre uno y otro. Dichos actos son: privar de la libertad de cualquier forma a una persona y ocultarla sin dar razón de su paradero, sustrayéndola del amparo legal. En verdad, de estos dos momentos el que caracteriza el delito de desaparición forzada es el segundo; de lo contrario, se está frente a un delito de secuestro simple

o extorsivo agravado o atenuado.

La Corte Constitucional, en sentencia de revisión oficiosa de la Ley 707 de 28 de noviembre de 2001, por medio de la cual se aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (C-580/2002 M. P. Rodrigo Escobar Gil), consideró que el delito de desaparición tenía carácter permanente en concordancia con nuestro artículo 26 del Código Penal, dijo la alta corporación:

“Por otra parte, este delito debe considerarse como de ejecución continuada [sic] o permanente hasta que no [sic] se conozca el paradero de la víctima. [...]. Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por lo tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona

permita el ejercicio de tales garantías judiciales. En esa medida, la conducta de desaparición forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de la libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancia”

El delito de ejecución permanente requiere la facultad, de parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta. Si la víctima muere o se escapa y pierde la vida, hasta ese momento se puede decir que la conducta persiste.

En la sentencia de 19 de julio de 2007, Consejero ponente Enrique Gil Botero, se hace un estudio minucioso de la caducidad de la acción cuando de desaparición forzada se trate, así se ha expresado el alto tribunal: *“La caducidad de la acción es un fenómeno que tiene por objeto consolidar situaciones jurídicas, que de lo contrario permanecerían indeterminadas en el tiempo, creando con*

ella inseguridad jurídica, pues una vez configurada impide el acudir ante la jurisdicción para que sea definida por ella determinada controversia. Es por lo anterior que el Código Contencioso Administrativo ha regulado el tema de la caducidad señalando diferentes términos para ejercer cada una de las acciones por él previstas; para caso de la acción de reparación directa en el numeral 8 del artículo 136 se estableció que “al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa” ocurría el fenómeno de la caducidad de la acción, impidiendo con ella su ejercicio y sacando de la jurisdicción el conocimiento de dicho asunto.

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 589 de 2002, se introdujo una modificación al Código Contencioso Administrativo en relación con el momento en que se inicia el conteo del término para intentar la acción de reparación directa con el fin de reclamar

los daños derivados del delito de desaparición forzada, esto es “*a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición*”. Lo anterior, hace necesario precisar que dicha modificación no implica que la acción de reparación directa derivada de un delito de desaparición forzada no caduque, sino que por el contrario, esta se produce una vez vence el plazo para intentar la acción ante la jurisdicción, introduciendo el legislador una variación en relación con el momento en que inicia el conteo de dicho término, por cuanto lo somete a una ocurrencia de una de varias condiciones: i) El apareamiento de la víctima o ii) la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal. Sin que varíe por ello el término de dos años previstos en la norma.

Se tiene por establecido que la caducidad se configura cuando el plazo establecido en la ley para instaurar algún tipo de acción, ha vencido⁸. Es la sanción que

⁸ “Se produce cuando el término concedido por la ley, para entablar la demanda, ha vencido. El término de caducidad está

consagra la ley, por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.

Las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea definido con carácter definitivo por el juez competente.

edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, sin consideración a situaciones personales, invariable, para que quien se pretenda titular de un derecho opte por accionar o no. Es por lo anterior que se da aplicación a la máxima latina "contra non volenten agere non currit prescriptio", es decir que el término de caducidad no puede ser materia de convención, antes de que se cumpla, ni después de transcurrido puede renunciarse. Dicho de otro modo, el término para accionar no es susceptible de interrupción, ni de renuncia por parte de la Administración. Es, que el término prefijado por la ley, obra independientemente y aún contra voluntad del beneficiario de la acción. La caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado, para el ejercicio de acción" Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 11 de mayo de 2000, expediente 12.200.

Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga⁹ para que, ante la materialización de un determinado hecho, los interesados actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de sus derechos, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.

Según López Blanco (2002), sobre las características de la figura, la doctrina ha manifestado:

“a) En primer término, la caducidad produce la extinción de la acción afirmada en cada caso concreto... y del derecho a impedir que se logre su declaratoria oficiosa por no presentación oportuna de la petición necesaria para su reconocimiento.

“b) La caducidad no es susceptible de renuncia,

⁹ “(...) durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales.” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.

pues transcurrido el tiempo automáticamente genera todos sus efectos. De ahí que, aun cuando el posible favorecido con la eficacia de la caducidad quisiera no tenerla en cuenta, el juez de todas maneras la declarará oficiosamente...

“c) La caducidad, cuando se trata de computar el término respectivo, no se fija en la noción de exigibilidad de la obligación, como sí ocurre respecto de la prescripción, sino en la ocurrencia del hecho previsto en la ley o contrato, para que empiece el inexorable curso del plazo.

“d) La caducidad por regla general no admite suspensión del término, que corre en forma perentoria...” (Cursivas en original)

Con relación a la caducidad de la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. - modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998- establece lo siguiente:

“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por acusa de trabajo público o por cualquier otra causa.”

En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación¹⁰ ha reiterado que el término de caducidad de la acción de reparación directa debe computarse a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa que causó el perjuicio, pues al encontrar su fundamento en la existencia del daño cuya indemnización se reclama, el cómputo de la caducidad se inicia una vez configurado el hecho o acontecimiento generador de aquél.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias de 11 de mayo de 2000 Rad. 12.200; 10 de noviembre de 2000 Rad. 18.805; 10 de abril de 1997 Rad. 10.954; y de 3 de agosto de 2006 Rad. 32537. Autos del 3 de agosto de 2006 Rad. 32537; 7 de febrero de 2007 Rad. 32.215.

Sin embargo, debido a la complejidad de las relaciones sociales, no siempre se puede determinar con precisión la fecha del hecho dañoso, o si fue uno solo el causante del mismo, o por el contrario, si obedeció a una multiplicidad de causas. Así las cosas, se ha sostenido que en algunos eventos, el término de caducidad debe ser contabilizado a partir de la fecha en la que los actores tuvieron conocimiento del suceso que produjo el daño. Es así que, en los casos en los que no se puede determinar con exactitud la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, el término de caducidad debe ser computado a partir del momento en que se tenga pleno conocimiento de la lesión a un bien o interés jurídico, y principalmente, desde que se tiene certeza de la entidad del mismo, toda vez que en estos eventos, si bien se conoce el hecho que produjo el daño, al no tener certeza sobre la lesión misma, se imposibilita hacer conciencia de la relación entre ambos, y a su vez al interesado no tiene los elementos fácticos para establecer una conexión entre el daño y su causa. En ese orden, al tratarse de casos relacionados con daños que sólo se conocen de forma certera y concreta

con el discurrir del tiempo y con posterioridad al hecho generador, en aras de la justicia, se impone contar el término de caducidad a partir del conocimiento que el afectado tiene del daño.

La desaparición forzada y las violaciones que con ella se generan, constituyen delitos de carácter continuo o permanente, debido a que se consuman momento a momento, durante todo el tiempo que la víctima se encuentra desaparecida.

Los delitos no finalizan hasta que la desaparición se da por hecho. La aclaración sólo se considera suficiente cuando la persona desaparecida es presentada viva o, en caso de muerte, sus restos se exhuman, se identifican y se devuelven a sus familiares. Por consiguiente, las desapariciones son casos del presente, sin importar que hayan ocurrido hace años o incluso décadas.

El punto de partida para la definición del régimen de prescripción del delito de desaparición forzada en el derecho colombiano, se encuentra en particular en dos sentencias que

estudiaron la constitucionalidad de las leyes aprobatorias y de los tratados que incorporaron en nuestro ordenamiento el Estatuto de Roma y la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas. Se trata de la sentencia C-578 de 2002, al referirse a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad de que conoce la Corte penal internacional y la C-580 del mismo año, al tratar la previsión que sobre la materia contempla la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

La primera sentencia, la C-578 de 2002, reconoce esta condición para el caso de los crímenes de que es competente la Corte Penal Internacional. Así lo entendió la Corte constitucional conforme lo establecido en el artículo 29 del Estatuto de Roma, al consagrar la imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional, dentro de los cuales se incluye la desaparición forzada.

Este poder se entendió conforme a la Constitución, bajo el entendido de que *“la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir el*

delito”, pues sólo así la Corte Penal Internacional puede llegar a investigar y juzgar conductas constitutivas de cualquiera de los crímenes de lesa humanidad. Y esta competencia la puede asumir, no obstante la acción o la sanción penal para investigar, juzgar o punir haya prescrito según las normas jurídicas nacionales. Porque tal competencia de la Corte Penal Internacional, resulta de lo previsto en el artículo 93 de la Constitución y de la autorización expresa que se formula desde lo dispuesto en el Acto Legislativo 02 de 2001, y que opera *“exclusivamente dentro del ámbito regulado por el Estatuto de Roma”*.

Como se definió en el “Resumen de los principales tratamientos diferentes” de la sentencia en comento, con relación a este precepto:

“4) El artículo 29 del Estatuto establece la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Esta disposición consagra un tratamiento diferente al previsto en nuestro ordenamiento constitucional en el artículo 28 de la Carta. Tal tratamiento especial sólo será aplicable por la Corte Penal

Internacional cuando ejerza su competencia complementaria para investigar y juzgar cualquiera de los crímenes previstos en el Estatuto, así la acción penal o la sanción penal para los mismos haya prescrito según las normas jurídicas nacionales. Este tratamiento especial fue expresamente autorizado por el constituyente derivado a través del Acto Legislativo No. 02 de 2001”.

Con este fundamento jurídico, se reconoce entonces el carácter imprescriptible que se estableció para los crímenes de lesa humanidad conocidos por la Corte Penal Internacional, en el sentido de que el artículo 93 constitucional, inciso último, se aplica no obstante, haya operado la prescripción de la acción en el Derecho interno.

Es decir, que dentro de esta argumentación se reconocen dos consecuencias jurídicas que ordenadas en sentido lógico serían estas: i) Que en el derecho interno puede estar consagrada la prescripción del delito de desaparición forzada; y ii) que aun así, aunque en el asunto en concreto la acción haya prescrito, la Corte Penal Internacional, es competente para efectuar su investigación

y juzgamiento conforme el Estatuto de Roma.

El delito de desaparición forzada no sólo protege los derechos de las víctimas a ser resarcidos, la cual se puede satisfacer mediante el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por acción u omisión a través de la acción de reparación directa. También incluye, el deber de esclarecer la verdad y punir la conducta que ha violado una prohibición constitucional de tanta importancia como la prevista en el art. 12 constitucional. *“En esa medida, frente a una desaparición forzada de personas, la acción penal es el medio más eficaz para proteger los intereses en juego, y su imprescriptibilidad es un mecanismo que en determinadas circunstancias puede resultar necesario para establecer la verdad de los hechos y para atribuir responsabilidades individuales e institucionales”.*

El legislador, al adecuar la normatividad colombiana en lo relacionado con la acción penal del delito de desaparición forzada a lo previsto en la Convención interamericana, puede establecer la imprescriptibilidad de la

acción para el delito de desaparición forzada como herramienta para sancionar el irrespeto a la prohibición del artículo 12 de la Constitución. Mas en tanto el delito esté consumado, la acción penal contra el mismo es prescriptible desde el momento en que la investigación se dirige en concreto contra sujetos individualizados, ya que la tensión entre bienes jurídicos, a saber, los derechos del procesado a un debido proceso y a la seguridad jurídica, y los derechos de las víctimas y de la sociedad en general, se resuelve imponiendo un término al poder público judicial de investigación y juzgamiento, eso sí, entendido como el más amplio existente en el ordenamiento. Esto, lo determina la real afectación que representa la existencia de un proceso contra los sujetos implicados.

A su vez, la acción es imprescriptible cuando no se haya vinculado al proceso a persona alguna. Ello, por cuanto en aquellas circunstancias, los bienes jurídicos en tensión son distintos, trabando en este caso un conflicto entre la dimensión sustancialmente objetiva del derecho fundamental a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, y los derechos

subjetivos de las víctimas efectivamente vulnerados, a la libertad y la seguridad personales, a la propia personalidad jurídica, a la protección de la ley, a la no privación arbitraria de la libertad, al no sometimiento a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en fin, a la dignidad humana de la persona desaparecida y también de su familia. Un conflicto en el que deben prevalecer los últimos derechos, por la alteración que se produce en las reglas de la ponderación, para favorecer éstos últimos sobre los intereses estrictamente individuales del autor del delito, al producirse una violación de derechos humanos frente a la cual el Estado debe contar con el tiempo que resulte necesario para procurar decididamente, administrar justicia, perseguir, investigar y juzgar a los responsables y ver por la protección y reparación integral de las víctimas.

La desaparición forzada de personas, es prohibida por el artículo 12 de la Constitución Política de Colombia. Es un delito penal prohibido por la Ley 589 de 2000 recogido en el artículo 165 del Código Penal colombiano Internacionalmente la prohibición y sanción de la desaparición forzada se

recoge en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada en el seno de las Naciones Unidas, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que entró en vigor para Colombia en 2005.

CONCLUSIONES

La desaparición forzada constituye una violación de los derechos humanos, cuando los hechos son cometidos por el Estado a través de sus agentes, o a través de personas o grupos de personas que actúen con la autorización o apoyo del Estado. En tanto que violación de los derechos humanos, la desaparición forzada genera la responsabilidad internacional del Estado ante organismos internacionales (sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas y sistema interamericano). Esta responsabilidad también se desencadena cuando el Estado no investiga los hechos, ni sanciona adecuadamente a los autores.

En Colombia hubo presión de ONG's y grupos políticos interesados para que el reconocimiento de la

desaparición forzada como delito penal permitiera que la misma fuese prevenida, perseguida y sancionada penalmente por los órganos estatales, con independencia de que el Estado colombiano ratificara o no los tratados internacionales sobre la materia. Como consecuencia de esa presión, el artículo 12 de la Constitución de 1991 incluyó en la carta de derechos fundamentales la prohibición de la desaparición forzada, pero ésta sólo fue incluida en el Código Penal como delito por la Ley 589 de 2000.

La caducidad también promueve que el trámite procesal de las acciones judiciales se surta dentro de periodos de tiempo razonables y sin dilaciones injustificadas, para la contabilización del término de los dos años de caducidad por desaparición forzada, se contarán a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal.

Las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean

definidas judicialmente. Es decir, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por un juez de la república con competencia para ello.

La figura de la caducidad se configura cuando el plazo establecido en la ley para instaurar algún tipo de acción, ha vencido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias de 11 de mayo de 2000 Rad. 12.200; 10 de noviembre de 2000 Rad. 18.805; 10 de abril de 1997 Rad. 10.954; y de 3 de agosto de 2006 Rad. 32537. Autos del 3 de agosto de 2006 Rad. 32537; 7 de febrero de 2007 Rad. 32.215

Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002

Corte Constitucional. Sentencia C-580/2002.

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.

Estatuto de Roma. 1998.

Gaceta del Congreso, núm. 171 de junio 3 de 1993, ponencia para segundo debate del Senador Luis Guillermo Giraldo Hurtado.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Parte General. Tomo I. Bogotá. Ed. Dupre. 2002. Pág. 507.

Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo Sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 18 de enero de

2002.

Organización de Estados
Americanos (OEA). Resolución 666 XIII-
0/83

REPUBLICA DE COLOMBIA.
*Constitución Política de Colombia de
1991.*

REPUBLICA DE COLOMBIA.
Código Penal Colombiano

REPUBLICA DE COLOMBIA.
Ley 589 del año 2000.

REPUBLICA DE COLOMBIA
Ley 446 de 1998

REPUBLICA DE COLOMBIA.
Acto Legislativo 02 de 2001

3 CARACTERIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD SEGÚN EL CONSEJO DE ESTADO

PAOLA ALEXANDRA NAVARRO
GALLÓN Y DIANA MARCELA
ROMERO ALCÁNTAR

RESUMEN

La denominación hecha, recientemente, por el Consejo de Estado colombiano, en torno al daño a la salud, se constituye en el tema de fondo de esta investigación, dirigida a establecer los pormenores que describen esta nueva denominación dentro de los llamados daños inmateriales, donde se busca determinar los elementos constitutivos de este perjuicio, visto bajo el lente de la responsabilidad extracontractual del Estado. Los resultados de este trabajo permiten inferir que el daño a la salud, cuenta con una estructura propia y específica que lo diferencia de otros daños inmateriales, como lo viene proponiendo ese Alto Tribunal. Como conclusión se observa que este perjuicio inmaterial puede ser abordado desde dos perspectivas, una estática y otra dinámica, sin dejar su plataforma de daño psicofísico, para la distinción del tipo de liquidación que se tiene que presentar

ante la autoridad contencioso administrativa.

Palabras claves: Responsabilidad extracontractual del Estado, derecho de daños, daño inmaterial, daño a la salud.

ABSTRACT

The name recently made by the Colombian Council of State, on the damage to health, becomes the underlying theme of this research, aimed at establishing the details describing this new denomination within called immaterial damages, which is to determine the components of this injury, seen through the lens of state tort law. The result of this work can be inferred that the harm to health, and has its own specific structure that differentiate it from other non-pecuniary damage, as it has been proposed that the High Court. In conclusion it appears that this intangible subject can be approached from two perspectives, while its platform psychophysical harm to distinguish the type of settlement must be submitted to the administrative authority.

Keywords: Responsibility extracontractual of the State, law of damages, immaterial damages, damage to health.

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico colombiano después de la expedición de la Constitución del 91, donde se estructuró una nueva realidad de Estado, sentó las bases para que se asumieran las diferentes conductas por él desplegadas y con las que se pueden derivar consecuencias jurídicas que, en muchos casos, conlleva al reconocimiento de una reparación del daño causado. Así, el daño a la salud que forma parte de los daños inmateriales, reconocido recientemente por el Consejo de Estado, busca su propio espacio en el campo jurídico a través de su estructuración y consolidación doctrinaria frente a otras denominaciones, tratándose de los daños a ser reparados en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Uno de los aspectos que llama la atención al desarrollar esta temática, como objeto de investigación, radica en el alto grado de aplicabilidad, desde el campo del litigio, sobre todo, cuando se hace uso del medio de control de la reparación directa que trata el artículo 140 del nuevo C.P.A.C.A. (Colombia, 2011), en los casos en que se tenga que reclamar el pago de daños inmateriales,

específicamente donde se pueda probar la existencia de daño a la salud, cometidos por agentes de entidades del Estado.

En este orden, se necesita hacer una clara distinción que conlleve a efectuar una diferenciación de fondo, frente a otros daños inmateriales, que como bien lo viene señalando el Consejo de Estado, se busca estar a la altura del catálogo de derechos que están inscritos en la Carta Política y, por tanto, es menester que se señalen y delimiten los daños causados por la administración pública, teniendo como horizonte los derechos fundamentales, que luego de probarse su ocurrencia, por acción u omisión, se proceda a su tasación y posterior indemnización.

El tema dispuesto para esta investigación, está íntimamente relacionado con el derecho administrativo, ya que su eje de acción gira alrededor, especialmente, del medio de control de la reparación directa, como se hizo mención arriba, pues el daño a la salud, se constituye en una de las reclamaciones más frecuentes, en materia de reparación directa, frente a las actuaciones de los agentes del Estado, quienes a través de sus acciones u

omisiones, producen hechos de relevancia con efectos jurídicos, los que se configuran en las respectivas pretensiones a ser reconocidas y pagadas por la administración pública, dentro de los llamados derechos extrapatrimoniales o inmateriales.

El tipo de investigación diseñada para la indagación del tema, está fundada en el manejo documental y bibliográfico de las diferentes fuentes primarias, halladas en la jurisprudencia, decantada por el Consejo de Estado colombiano, desde donde se busca alcanzar, como objetivo general, analizar las diferentes características que comporta del daño a la salud, que lo configuran como un perjuicio inmaterial y autónomo. Obtenida esta información se dispondrá enriquecerla con los aportes ofrecidos por la doctrina nacional

Para el desarrollo de este contenido, como objetivos específicos se desarrollará, por un lado, contextualizar la incidencia de la constitucionalización del derecho en el marco de los derechos fundamentales con referencia al derecho de daños. De otra parte, establecer las posibles diferencias del daño a la salud con otras

denominaciones de daños inmateriales utilizadas por el Consejo de Estado y, por último, delimitar el alcance de este perjuicio, en cuanto a la definición y caracterización de sus componentes estático y dinámico. Son estos los factores que siguen a continuación en la estructura del marco teórico de esta investigación.

Constitución Política y Responsabilidad Extracontractual del Estado.

La asunción de un nuevo paradigma en la concepción de Estado, como Estado Social y de Derecho, ha contribuido a que en Colombia, a partir de la Constitución del 91, se haya tenido que hacer una reorganización de las diferentes áreas de composición, no sólo teórica sino también desde lo práctico, en relación a la estructura del mismo Estado.

Es así como, el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, en materia de responsabilidad extracontractual, regula que, *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean*

imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Manrique, A., 1991: 52). Esta posición define, como lo indica El Dr. Enrique Gil Botero, que a partir de la nueva Carta Política, se diseñó un “*sistema de responsabilidad estatal fundamentado en el daño antijurídico, en donde el elemento esencial de la responsabilidad se traslada de la conducta de la administración pública, para concentrarse en el producto de la misma, esto es, en la lesión o afectación que padece la persona*” (2009: 2).

Se cita, in extenso, un pronunciamiento del Consejo de Estado (2012), que sirve para aclarar las particularidades de la responsabilidad de la administración pública:

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, esto

se concretiza en los eventos en los cuales se configura un daño antijurídico, o aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar.

El daño antijurídico que pueda imputarse al Estado debe ser indemnizado plenamente para lograr que se haga efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad, son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que “permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la

*causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”.*¹¹

¹¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia del 16 de septiembre de 1999; Exp.10922 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Tal como se ha precisado por vía jurisprudencial, en la imputación debe acreditarse la relación entre la conducta y el daño (imputatio facti) y la razón por la cual las consecuencias de esa afectación deben ser asumidas por el Estado (imputatio juris).

En cuanto a la consecuencia jurídica de la responsabilidad del Estado frente a sus actuaciones, exige de él la reparación que, no es otra que una reparación integral a quien ha sufrido el daño, esto

[I]mpone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima (Consejo de Estado, sección tercera, 2011).

Derecho de Daños.

El daño a la salud está determinado por el derecho de daños, tanto en el campo del derecho civil como administrativo, ya que quien cause un daño tendrá que responder, mediante la reparación o resarcimiento del daño causado a otro conforme los lineamientos del orden jurídico que los regula.

El derecho de daños está anclado en la nueva concepción que, surge desde el paradigma del Estado Social y de Derecho o como otros lo titulan el “*Estado Constitucional*” (Mata, A., 2012). En este sentido, “*el daño se eleva a la condición de elemento y punto central a la hora de analizar la responsabilidad de la organización estatal*” (Gil, E., 2009: 2).

El doctrinante Felipe Navia Arroyo (2000) al referirse al concepto de daño lo califica como un dato pre jurídico antecedente, en cuanto que, se convierte en presupuesto fundamental para poder “*hacer o no hacer un juicio de responsabilidad, según las circunstancias particulares de su origen*” (227). En sentido estricto, debe considerarse el daño como “*la mutación de un estado de cosas, el desmejoramiento o destrucción de una*

condición óptima o favorable, sea que provenga de un hecho natural o de un hecho humano” (Navia, F., 2000: 227).

Una vez estructurado el daño, es decir, dada su ocurrencia, permite que quien lo padece se convierta directamente en su reclamante de los derechos afectados, por ser su titular o, por defecto, los causahabientes (Mancipe, A., 2005). El punto de partida para la existencia de un daño, visto desde lo contencioso administrativo, radica en la conducta, por acción u omisión, ejecutada por un agente del Estado lo cual genera un perjuicio, con vocación de ser indemnizado a quien lo padece.

Visto los anteriores elementos amplificadores del concepto de daño, trayendo la idea expuesta por Garrido-Cordero (2009: 64), se puede afirmar que el derecho de daños

[T]iene como propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes y también, asegurar a los grupos o a la sociedad la protección y reparación de los denominados “intereses colectivos; pero sin olvidar la

etapa esencial de prevención de los daños, contando para ello con normas del derecho privado y público, y con un contenido basado en las Constituciones y los tratados.

Ahora bien, al hablarse de la “*constitucionalización del derecho de daños*” (Gil, E., 2009: 3), esta se entiende como la permeabilización de las diferentes esferas del derecho bajo los principios constitucionales, donde la dignidad humana, la igualdad de los administrados frente a la organización estatal, la proporcionalidad, la reparación integral y la potestad del *arbitrium iudicis* recorren el derecho de daños, como catalizadores en materia de valoración y cuantificación del daño.

En este sentido, precisa el Consejero de Estado, Enrique Gil Botero, “*la “constitucionalización del derecho de daños”, lleva de la mano que se presente una fuerte y arraigada imbricación entre los principios constitucionales y aquellos que, en el caso colombiano, se encuentran contenidos de antaño en el código civil*” (Consejo de Estado, sección tercera, 2011). Escenario que trae consigo

una nueva perspectiva de apreciación en el ordenamiento colombiano donde, con la entrada de la nueva constitución (1991), se produce un viraje antropocéntrico y toma relevancia,

[...], el reconocimiento de la persona como centro del nuevo derecho de daños (que ya no atiende exclusivamente al patrimonio), en la medida en que afirma que ésta es titular de derechos e intereses no patrimoniales cuya vulneración debe ser reconocida y reparada más allá del tradicional pretium doloris (Koetich, M. 2012: 200).

Entorno que produce una serie de requisitos que, a su vez, como lo señala Gil Botero

[H]ace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos

e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que presenten lesiones injustificadas (Consejo de Estado, sección tercera, 2011)

Daños Materiales e Inmateriales.

Una vez se determina la ocurrencia del daño antijurídico por parte del Estado, esto es que se haya hecho una declaratoria de responsabilidad contra el mismo, él está llamado a la reparación de este menoscabo de las condiciones normales de quien padece los rigores de la actuación por acción u omisión de parte de sus agentes. La jurisprudencia nacional, en ese sentido, ha venido configurando una serie de niveles de reconocimiento en cuanto a los daños infringidos y con vocación de reparación. Para ello, la normatividad civil y contencioso administrativa, han distinguido, en líneas generales, dos tipos de daños: el material, clasificándolo internamente en daño emergente y lucro cesante, así como el inmaterial, donde

existe una única sintonía con respecto al daño moral y, no pacífica aceptación de otras categorías en este renglón.

Desde la óptica de la función jurisdiccional dispuesta por el funcionario judicial del contencioso administrativo, éste se enfrenta a tres situaciones bastante problemáticas, consecuencia de las nuevas directrices del derecho de daños. Las mismas refieren, de un lado, a la determinación de la ocurrencia del daño y el señalamiento de la responsabilidad del mismo en cabeza del Estado; de otra parte, la clasificación del perjuicio ocasionado conforme a los parámetros normativos y jurisprudenciales que disponen la materia y, por último, obedeciendo al principio de que ocurrido el daño, se debe reparar, está la respectiva reparación de éste y, específicamente, lo que tiene que ver con la tasación y liquidación del perjuicio (Koetich, M. 2012: 17-18).

Perjuicio Material.

Sirve para este objetivo traer a este apartado lo expuesto por el mismo Consejo de Estado (2010) con ponencia

del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, donde nos hace claridad sobre aspectos básicos de este tipo de daño:

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1613 del C.C., el daño material comporta el daño emergente y el lucro cesante; doctrinaria y jurisprudencialmente se ha sostenido que tanto el daño emergente como el lucro cesante, pueden a su vez presentar las variantes de consolidado y futuro. “Por perjuicio consolidado se entiende aquel que existe, es el perjuicio cierto, que “ya se exteriorizó”, es “una realidad ya vivida”. En tratándose del daño emergente, consiste en los desembolsos, egresos, o gastos efectuados; si se trata del lucro cesante, consiste en que “se haya concluido la falta del ingreso”. Se considera perjuicio no consolidado aquella disminución del patrimonio de la víctima que sobrevendrá, es futuro; ésta categoría se concreta en los desembolsos, egresos o gastos aún no efectuados (daño emergente futuro) y, en los ingresos que

dejarán de percibirse (lucro cesante futuro)

Bajo esta arista, valga señalar, entonces, que forman parte del daño material, el lucro cesante y el daño emergente. Los profesores Moisset de Espanés, Tinti y Calderón (2012), proponen las siguientes definiciones de estos dos conceptos:

Así, “daño emergente” es, a nuestro entender, el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio.

El “lucro cesante”, en cambio, contempla la ganancia frustrada, es decir los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido.

Perjuicios Inmateriales.

Uno de los problemas que presenta esta categoría de daños tiene que ver, precisamente, con la inestabilidad en la definición de sus componentes. Enrique

Gil Botero (2012), considera que el reconocimiento de los perjuicios inmateriales, a diferencia de los materiales, no han tenido una aceptación pacífica, sino que, como ha sucedido en la jurisprudencia nacional colombiana, han existido contrapesos para aceptarlos y darles el lugar que corresponde, debido a que no existen normas positivas que consagren este tipo de perjuicios y su respectiva indemnización, sino que los mismos han surgido del trabajo juicioso de las Altas Cortes, quienes han hecho uso de las tipologías desarrolladas allende las fronteras y, han ido implementando y estructurando su conceptualización (Uribe, A., 2010: 115).

El profesor Andrés Orión Álvarez (2013) define los perjuicios inmateriales como

[A]quellos quebrantamientos a bienes que no tienen un contenido económico o no son susceptibles de una valoración patrimonial en términos precisos y objetivos, pero que al ser bienes jurídicos, deben ser protegidos por el ordenamiento, y una vez verificado que existe un menoscabo en la facultad de ejercerlos plenamente, deben ser

indemnizados.

La profesora Milagros Koteich, hace una amplia definición de estos daños extrapatrimoniales, que está

[C]onstituido por los efectos perjudiciales de un hecho lesivo que no tienen una entidad tangible (como el dolor, el sufrimiento moral, los complejos), o que, teniéndola, no admiten una equivalencia exacta en dinero (como el daño a la salud o el perjuicio fisiológico); con prescindencia en ambos casos de los eventuales efectos patrimoniales negativos (2012: 20).

Entonces, si no tienen un asidero patrimonial, a qué tipo de referencia tienden éstos. En este orden, su fundamento está enraizado en los “derechos de la personalidad”, acorde a la tesis del profesor Juan Carlos Heano (Citado por Koteich, M., 2012: 21-22), “tales como la vida, la integridad personal, la estética, el honor, la buena imagen, el libre desarrollo de la personalidad, la familia, etc, los que, en principio, no tienen una posible

evaluación económica”

Ahora bien, en el campo de los perjuicios inmateriales, vale hacer un recorrido rápido, para apreciar algunos matices de cada uno de estos, como se hizo arriba con los materiales.

Daño Moral.

Gil Botero, sostiene que frente a la concurrencia de discusiones acerca de la aceptación de determinados daños inmateriales, *“el daño moral en alguna medida tiene una estabilidad similar a la que ostentan los daños materiales”* (2012: 89).

El profesor Gustavo A. García Arango (2007: 83), citando jurisprudencia del Consejo de Estado (11-12-1992), refiere que el daño moral es *“el menoscabo de derechos de bienes extrapatrimoniales jurídicamente protegidos”*. En este sentido, la entidad a ser indemnizada es el dolor o sufrimiento, gozne del perjuicio moral, *“independientemente de las secuelas físicas y perturbaciones psíquicas que puedan haber producido”*.

Este mismo autor, haciendo una definición propia del perjuicio moral expone que, *“debe entenderse por daño o perjuicio moral el dolor, la aflicción o el sufrimiento de la persona que padece un daño a un bien no patrimonial provocado por la acción u omisión del Estado de manera contraria a derecho o ilegal”* (83-84).

Para el Consejo de Estado, el reconocimiento del daño moral tiene *“una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado [...] corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante”* (2005).

Otras Categorías de Daño Inmaterial.

Sobre esta particular situación, Enrique Gil Botero (2012: 89), nos presenta la evolución, como se decía no tanto pacífica, desarrollada en las Altas Cortes colombianas, especialmente la Corte Suprema de Justicia, donde se presenta una doble connotación que estriba, por un lado, en cuanto al reconocimiento y, de

otro, con la denominación y contenido del perjuicio; Gil Botero dice que “*la Corte Suprema solo reconoció otro perjuicio en 2008 [diferente al moral], pero una vez aceptado el reconocimiento de otro rubro, el cambio ha sido constante: ha cambiado de nombre y contenido*”.

De otra parte, hecha una revisión de la producción en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana, como lo refiere la profesora Milagros Koteich, se puede observar un transitar regular de diferentes nomenclaturas con los que se ha buscado ir depurando, esto es, delimitando los alcances de contenido, de modo que se pueda hacer una adecuada, no excesiva, pero tampoco restringida conceptualización de un daño inmaterial, diferente del moral. Lo anterior, permite evaluar que el itinerario realizado por el Consejo de Estado, como Corte de cierre en materia contenciosa administrativa, ha derivado en el uso y aplicación de una serie de expresiones que han resultado imprecisas, por cuanto se han confundido distintos raigambres con contenidos diferentes, cuyo fin era precisar otros perjuicios inmateriales, diferentes al moral (Gil, B., 2012: 106).

En este orden, lo señalan Acevedo, Bovea & López (2013), el máximo tribunal contencioso administrativo ha optado por utilizar varias posiciones conceptuales para definir los perjuicios extrapatrimoniales, diferentes al moral:

[E]n un primer abordaje, optó por la denominación del simple daño fisiológico; luego, desarrolló la tesis francesa del daño a la vida de relación; calificación que después se orientó bajo el título de alteración grave a las condiciones de existencia (Rivera, Ana; 2003: 10), que hasta hace poco tiempo fue utilizada por el Alto Tribunal, por cuanto ha hecho una reelaboración dentro de los perjuicios inmateriales, diferentes al daño moral, como es el daño a la salud, concepto que unifica el criterio de aplicación por partes del Consejo de Estado.

Lo precedente deja ver que, al interior de la Alta Corte, se ha venido dando una lucha, de carácter conceptual, sobre dos posiciones opuestas que buscan definir la tipología del daño inmaterial; enfoques que,

i)[D]e un lado, los defensores de

categorías abiertas que permitan, bajo un solo rubro, la compensación de lesiones psicofísicas –los efectos externos que esa lesión genera en la persona-, así como los posibles daños irrogados a otros bienes jurídicos diferentes a la salud (v.gr. el buen nombre, la honra, etc.)¹²⁹y, del otro, ii) quienes defienden la reparación integral del perjuicio a partir de la identificación del bien o interés jurídicamente tutelado para resarcirlo en atención al grado de afectación al mismo, es decir, el eje central del daño inmaterial tiene como fundamento un derecho constitucional específico y su núcleo esencial (Gil, E., 2013: 106).

En este orden, se pueden establecer los siguientes *nomen iuris* que han servido como presentación de este daño inmaterial: inicialmente, se denominó

¹²⁹ “En nuestra opinión, *les troubles dans les conditions d’existence* actualmente constituye en Francia apenas una fórmula que describe el contenido de algunos tipos de perjuicios, los cuales ciertamente, acarrearán una alteración en las condiciones previas de la víctima. Es decir, no constituyen por sí mismos una categoría autónoma de perjuicio (al menos para la jurisdicción civil)...” (KOTEICH, Ob. Cit.: 147 y 148).

perjuicio fisiológico; seguidamente, optaron por *daño a la vida de relación*; luego, se asumió el concepto de *alteración grave de las condiciones de existencia* y, ahora último, se ha hecho la presentación de una nueva noción que se conoce como *daño a la salud*.

Rápidamente se repasará cada denominación, en el sentido de conocer qué se entiende con cada término, según los pronunciamientos del Consejo de Estado.

El *perjuicio fisiológico*, jurídicamente emerge para definir el daño inmaterial, en lo contencioso administrativo, a través de la sentencia del 14 de febrero de 1992, M. P. Carlos Betancurt Jaramillo, Sección Tercera del Consejo de Estado, donde se indemniza las incidencias traumáticas sufridas por la señora Barazzutti, haciéndose la distinción frente al daño moral. Esta denominación refiere “*a la disminución funcional u orgánica que podía sufrir una persona con ocasión de una lesión física, disminuyendo sus posibilidades de realizar actividades normales en el mundo físico*” (Ruíz, W. 2013: 79).

En análisis de la sentencia hito¹³ arriba precitada, Milagros Koteich (2012: 206), precisa que:

[E]s importante destacar que lo que motivó esta primera liquidación “especial” del perjuicio extrapatrimonial, fue la gravedad e importancia de la lesión corporal sufrida por la víctima, lo que, enmarcado en un análisis más general, basado en un estudio de la jurisprudencia en su conjunto, nos permite afirmar que siempre que se ha procedido a un aumento significativo de los montos indemnizatorios, se ha tratado de eventos o casos de lesiones personales, frente a los cuales los jueces han considerado contrario a la equidad que la reparación se limite, únicamente, al que suele concederse a título de pretium doloris (más, naturalmente, el daño patrimonial).

En cuanto al concepto de *daño a la vida*

¹³ En lenguaje del profesor Diego López Medina (2008), dentro de las diferentes tipos de sentencia hito, se encuentra la sentencia fundadora de línea, con la cual se abre una nueva posición jurisprudencial asumida por cualquiera de las Altas Cortes.

de relación, aquí se tiene en cuenta las relaciones externas de la víctima, como bien lo explica el profesor Wilson Ruíz Orejuela:

Lo que ha hecho puntualmente la jurisprudencia es diferenciar el sentimiento de dolor, angustia o zozobra, que generalmente sufre la víctima como consecuencia del daño moral y que se ubica en una esfera espiritual e individual, del mismo sentimiento cuando éste se manifiesta en el mundo exterior y altera de forma anormal, las condiciones de vida de la víctima, privándola no sólo de ocuparse de las actividades comunes a su rutina no necesariamente placenteras, sino también de su posibilidad de interactuar con el mundo exterior, al menos de la misma manera como lo hacía antes de la ocurrencia del daño (2013: 80-81).

El daño a la vida de relación, según lo expone Milagros Koteich (2012: 222), hace alusión:

[A] aquellas hipótesis de perjuicios irrogados a la vida social o – mejor- asociada, que se

concretan, precisamente, cuando el derecho de la personalidad lesionado es de aquellos que se caracterizan por una dimensión social, como son la intimidad, el honor, etc.; pero en cualquier evento, derechos distintos de la salud y la integridad psicofísica.

Esta nueva postura, la asume el Consejo de Estado, mediante la sentencia del 6 de mayo de 1993, sección tercera, C. P. Julio César Uribe Acosta, en el que se entiende como “*la imposibilidad de la víctima de desarrollar normalmente su vida en sociedad a consecuencia del menoscabo de su salud o integridad psicofísica*” (Koteich, M., 2012: 207). En cuanto a la delimitación de esta especie de daño, son muchas las críticas que, señala la profesora Milagros Koteich, no se hicieron esperar, debido a las imprecisiones e incongruencias con que se comenzó a dar aplicación, situación verificada, por un lado, los errores de traducción de los textos franceses que definían el *préjudice d’agrément* o perjuicio de agrado y su extrapolación al contexto colombiano, así como el carácter sinónimo de los términos daño fisiológico con el perjuicio a la vida de relación y

más adelante con el daño por alteración en las condiciones de existencia (210-213)

Ante la distorsión sobre la aplicabilidad de cada uno de estos términos, la problemática es bastante dicente, como lo señala el magistrado Enrique Gil Botero:

Así las cosas, con la aserción contenida en la sentencia de primera instancia según la cual el “perjuicio fisiológico” debe entenderse incluido en el “daño a la vida de relación” o la “alteración de las condiciones de existencia” – nombre acogido de manera reciente en algunas providencias para denominar el daño a la vida de relación pero con idéntico contenido y alcance – genera una mayor problemática en el manejo de la tipología del perjuicio inmaterial, pues no es adecuado entender que el perjuicio fisiológico, daño biológico o a la salud es una expresión de la mencionada categoría. Asimilar el daño a la salud o perjuicio fisiológico como una expresión del daño a la vida

de relación, entroniza la entropía en materia ontológica jurídica, cuando no se distingue que el daño a la vida de relación y la alteración de las condiciones de existencia no son ni perjuicio moral, ni fisiológico, sino entidades con autonomía que no amparan o protegen la órbita interna o afectiva de la persona, como tampoco su integridad psicofísica o derecho a la salud, sino otra gama de intereses legítimos que son relevantes para la responsabilidad (Consejo de Estado, sección tercera, 2011).

Otra denominación es la *alteración grave de las condiciones de existencia*, cuyo origen se halla en la sentencia del 15 de agosto de 2002, C. P. Ricardo Hoyos Duque, que se consolida con la sentencia del 18 de octubre de 2007, C. P. Enrique Gil Botero, conforme lo relaciona Koteich M., (2012: 234). El mismo viene a ser una especie de categoría dentro del daño a la vida de relación, partiendo de la misma nomenclatura utilizada: “*daño a la vida de relación por alteración en las condiciones de existencia*” (Koteich, M., 2012: 235). Igual situación deja entrever

el consejero Gil Botero, en su aclaración de voto del 11 de diciembre de 2009, a la ponencia de la C. P. Ruth Stella Correa Palacio (Consejo de Estado, sección tercera, 2009).

Este perjuicio se identifica cuando se “*presenta una alteración, modificación anormal o negativa del curso de las condiciones de existencia, trastocando los roles y hábitos de la persona*” (Rincón, M., 2012: 15).

En una sentencia reciente del Consejo de Estado, haciendo un recuento de las diferentes modalidades del daño inmaterial, se refiere a esta especie en el sentido que

Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente que “para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencia

*efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues **no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar ese perjuicio**, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”¹³.*

[...] *El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por **alteración grave de las condiciones de existencia** es un rubro del daño inmaterial –que resulta ser plenamente compatible con el reconocimeinto del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.*

En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en

materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario. (resaltado propio del texto) (Consejo de Estado, sección tercera, 2014).

Daño a la salud.

Este nuevo perjuicio inmaterial tiene su origen en la producción jurisprudencial italiana y sus primeros visados en la postura del consejero Enrique Gil Botero, en su aclaración de voto del 11 de diciembre de 2009. Este Consejero del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, ha sido el promotor de este proceso desde la sección tercera de este Alto Tribunal, cuya consolidación se dio con el pronunciamiento de las dos sentencias gemelas de unificación, como él mismo las denomina, proferidas el 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222, donde refiere el porqué de la génesis de esta nueva noción de daño extrapatrimonial, la cual obedece a “*la necesidad de reconocer un perjuicio más objetivo, que esté dotado de claridad*

y, por lo tanto, que garantice en mayor medida el postulado de la igualdad de indemnizaciones frente a un mismo o similar daño” (2012: 323).

La tesis o punto de partida filosófica de esta nueva valoración, hunde sus raíces en la teoría general del daño subjetivo o personal, expuesta por el profesor Carlos Fernández Sessarego, que remite a toda la carga de la filosofía existencialista, con base a la exposición detallada que hace Carlos Fernando Gómez Vásquez (2005), donde se entiende que *“todos los daños que se pueden causar al ser humano entendido como una **“unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”**, conducen a dos esferas, de un parte, el daño psicosomático y el daño a la libertad fenoménica o proyecto de vida, cuyas consecuencias de su concreción, da unos “efectos que el daño-evento (lesión psicosomática en sí misma y/o daño al proyecto de vida) genera en la persona o en su patrimonio” (2005: 102).*

El consejero Gil Botero refiere en su ponencia (2011), que hasta ese momento,

[L]a línea jurisprudencial que se ha trazado en torno a la tipología

del perjuicio inmaterial, diferente al moral, ha supuesto una naturaleza dual, consistente en que se indemniza la lesión a la integridad corporal del sujeto – daño evento- (artículo 49 C.P. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a la condiciones de existencia) como externo o relacional (daño a la vida de relación).

En este orden, se indica que *“su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona” (Consejo de Estado, sección tercera, 2011), constituye el núcleo de dicho perjuicio. Además está “dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible- una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”*

En otro orden, un objetivo importantísimo, por el que se configura el daño a la salud en su relación con la responsabilidad extracontractual del

Estado, “*como una nueva categoría de perjuicio consiste, única y exclusivamente, en garantizar el resarcimiento de un derecho de rango constitucional que, en términos estadísticos, se ve altamente comprometido en los diversos escenarios de responsabilidad patrimonial del Estado*” (Consejo de Estado, sección tercera, 2012).

Caracterización.

Ahora bien, del análisis de los textos jurisprudenciales, que se han venido citando, se pueden relacionar las siguientes características de este perjuicio, buscando con estos dar respuesta a los interrogantes que precisa, el magistrado Enrique Gil Botero, cuando establece que, “[l]a acreditación del daño, su valoración y cuantificación, implica abordar y dar respuesta a dos interrogantes: i) *qué se repara* y ii) *cómo se repara*” (2012: 91):

- a) El daño a la salud tiene su propia acreditación en el renglón de los daños inmateriales, diferentes al moral.

- b) El daño a la salud no se puede confundir con el perjuicio fisiológico (derecho francés) ni el perjuicio biológico (derecho italiano), ya que su contenido y alcance difiere de estos.
- c) El objetivo del daño a la salud está orientado al resarcimiento de la pérdida o alteración anatómica o funcional en la víctima y su restablecimiento del derecho a la salud y la integridad corporal.
- d) “*El daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto, es decir, el daño corporal, afectación o limitación a la integridad psicofísica*”.
- e) “*A partir de la compensación del daño a la salud se acude a una valoración estática (a igual lesión igual reparación) y dinámica (qué consecuencias particulares y específicas tiene para la víctima en el caso concreto la lesión)*”.
- f) Con base en lo precedente, “*el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado [por el médico legista], y ii) uno subjetivo, que permitirá*

- incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada”.*
- g) Este daño se constituye autónomamente *“como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión [y la afectación] al derecho constitucional y fundamental a la salud, además se garantizan los principios de la dignidad humana y la igualdad material.*
- h) *“Los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica”.*
- i) *“El daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización””.*
- j) Con relación a la tasación y cuantificación del daño a la salud, el Consejo de Estado ha fijado *“un sistema resarcitorio en el que el tope máximo a reconocer sea la suma de 400 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para aquellos casos en que se presenten graves lesiones a la integridad, como por ejemplo, eventos de cuadraplejía o paraplejía”.*
- k) *“Cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud [..., y], cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” [...] (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento”.*

- l) El daño a la salud maximiza su importancia, por cuanto *“permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos”*.

Conclusiones

Hecho este recorrido investigativo se puede inferir que, el daño a la salud, es de reciente asunción por parte del Consejo de Estado, si bien es cierto, que desde hace tiempo, se han venido utilizando otras denominaciones, éstas fueron orientadas más hacia la parte externa del daño, en su contexto social y no como daño de la esfera psicofísica de quien padece el daño.

Esta nueva valoración del daño, en su vertiente de daño inmaterial, como daño a la salud, perfila un direccionamiento acorde con los principios y derechos fundamentales, propios de la Carta Política, donde resaltan el derecho a la

salud en consonancia con principios como la dignidad humana, equidad, justicia material, reparación integral, entre otros.

El daño a la salud se constituye en un perjuicio con carácter autónomo y estructurado, en relación con otros daños inmateriales distintos al daño moral, esto es, con independencia del daño a la vida de relación y a la alteración grave de las condiciones de existencia. La sistematización del mismo se enraíza en su particularidad de la afectación funcional y psicofísica de la salud del lesionado.

La verificación del daño a la salud exige elementos de prueba de carácter científico, especialmente, la valoración del médico legista para que establezca la incapacidad sufrida por el lesionado.

La ocurrencia del hecho que origine el daño a la salud conlleva que éste se defina desde la óptica del perjuicio evento, por ello su carácter objetivo; sin embargo en su sistema de aplicación vislumbra dos valoraciones, una estática y otra dinámica.

Bibliografía.

- Reparación directa, 7428 (Consejo de Estado, sección tercera 6 de Mayo de 1993).
- Reparación directa, 14357 (Coonsejo de Estado, sección tercera 15 de Agosto de 2002).
- Reparación directa, 15247 (Consejo de Estado, sección tercera 20 de Abril de 2005).
- Reparación directa, 25000-23-27-000-2001-00029-01 (Consejo de Estado, sección tercera 18 de Octubre de 2007).
- Aclaración de voto, M. P. Enrique Gil Botero,
19001212331000199607003-01
(Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo, Sección tercera 11 de diciembre de 2009).
- Reparación directa, 05001-23-25-000-1994-00020-01 (19031) (Consejo de Estado, sección tercera 14 de Septiembre de 2011).
- Reparación directa, 05001-23-31-000-2007-00139-01 (38222) (Consejo de Estado, sección Tercera 14 de Septiembre de 2011).
- Reparación directa, 25000-23-26-000-1997-04143-01(20137) (Consejo de Estado, Sala de los contencioso administrativo, Sección tercera, Subsección C 15 de Febrero de 2012).
- Reparación directa, 05001-23-25-000-1993-01854-01 (22163) (Consejo de Estado, sección tercera, subsección C 28 de Marzo de 2012).
- Reparación directa, 18001-23-31-000-2010-00165-01 (Consejo de Estado, sección tercera, subsección A 29 de Enero de 2014).
- Acevedo, M., Bovea, A., & López, A. (25 de Marzo de 2013). *Revista Digital Hipótesis Libre, Universidad Libre, Seccional Cúcuta*. Recuperado el 11 de Enero de 2014, de <http://share.pdfonline.com/2f38bc af78684c2c9eada255c2af2e09/hipotesis%206%20marzo%202013.pdf>
- Álvarez, A. O. (2013). *Instituto colombiano de responsabilidad civil y del Estado*. Recuperado el 25 de Febrero de 2014, de <http://www.andresorionabogados.com/wp-content/uploads/2013/03/Articulo-Homenaje-Javier-Tamayo-corregido-M.A.-2011.pdf>
- Colombia, C. N. (23 de Enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437). Bogotá, D. C., Colombia: Gaceta Nacional.
- García, G. (24 de Agosto de 2007). *Universidad de la Rioja*.

- Recuperado el 25 de Febrero de 2014, de <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2942334.pdf>
- Garrido-Cordobera, L. (28 de enero-junio de 2009). *Universidad Javeriana*. Recuperado el 24 de Febrero de 2014, de Revista Universitas: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/02-Lainclusiondelosdanos_000.pdf
- Gil, E. (2012). La institución del daño a la salud en Colombia. En C. d. Estado, *Instituciones del derecho administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011* (págs. 319-342). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Gil, E. (2012). *Revista digital de derecho administrativo*. Recuperado el 20 de Febrero de 2014, de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2248930
- Gómez, C. (22 de julio - diciembre de 2005). *Universidad de Medellín*. Recuperado el 24 de Febrero de 2014, de Revista Opinión Jurídica, vol 4, No. 8: <http://scienti.colciencias.gov.co:8084/publindex/docs/articulos/1692-2530/2291214/6.pdf>
- Koteich, M. (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona, del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- Mancipe, A. R. (2005). *Universidad Javeriana*. Recuperado el 24 de Febrero de 2014, de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2020.pdf>
- Manrique, A. (1991). *La constitución de la nueva Colombia*. Bogotá: Cerec.
- Matta, A. (8 de Noviembre de 2012). *Revista CES DERECHO*. Recuperado el 25 de Febrero de 2014, de Universidad CES: <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/2534>
- Moisset de Espanes, L., Tinti, G., & Calderón, M. (2012). *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina*. Recuperado el 24 de Febrero de 2014, de http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante/at_download/file
- Navia, F. (Julio - Diciembre de 2000). *Universidad externado de Colombia*. Recuperado el 28 de Enero de 2014, de <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp6/felipeNaviaArroyo.pdf>
- Rincón, M. (20 de Abril de 2012). *Universidad de la Sabana*. Recuperado el 25 de Febrero de 2014, de

<http://intellectum.unisabana.edu.co:8080/jspui/bitstream/10818/3951/1/MANUEL%20FELIPE%20RINCON%20CASTA%C3%91O.pdf>

Ruíz, W. (2013). *Responsabilidades del Estado y sus regímenes*. Bogotá: Ecoe ediciones.

4 LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN COLOMBIA Y EL DEBIDO PROCESO DEL DEMANDADO

ANGÉLICA MARÍA PARRA
GONZÁLEZ, MARTÍN EDUARDO
JÁUREGUI RAMÍREZ E INGRID
YAJAIRA GONZÁLEZ RICO

RESUMEN

En el proceso judicial en Colombia la etapa probatoria trata de establecer en el Juez el más alto grado de conocimiento sobre la razón de una de las partes en la pretensión y la excepción. Es así como en la noción clásica de la carga de la prueba, la de oficio, principalmente, se ha construido en desarrollos directos del ordenamiento jurídico que expresamente los ha consagrado y desarrollado. Sin embargo, un razonamiento distinto se ha edificado desde la jurisprudencia en la institución de la inversión de la carga de la prueba, noción distinta de las anteriores dada su influencia sobre el debido proceso particularmente del demandado. Esta naturaleza distinta evidencia la necesidad de un estudio preciso que le distinga de la nueva incorporación del

Código General del Proceso en la carga dinámica de la prueba.

Palabras clave: prueba, proceso, inversión de la carga de la prueba, derecho de defensa, demandado.

ABSTRACT

In Colombia the judicial process in the investigation stage is set to Judge the highest degree of knowledge about the reason for one of the parties to the claim and the exception. Thus, the classical notion of the burden of proof, by trade, primarily, has built developments in direct law expressly has consecrated and developed. However, a different reasoning has been built from the case law on the institution of the reversed burden of proof, different from the previous concept given its influence on the particular defendant due process. This different nature highlights the need for an accurate study to distinguish the new addition of the General Code of Procedure in the dynamic load test.

Keywords: test, process, shifting the burden of proof, right to defense, defendant.

INTRODUCCIÓN

La prueba de los hechos en el proceso judicial ha planteado al Juez distintos retos para responder con justicia en los casos concretos. En forma tradicional se ha entendido que quien alega un hecho debe probarlo, esa ha sido la noción clásica de la carga de la prueba (Devis Echandía, 1984). Sin embargo, frente a la evolución de los problemas sociales y las estrategias cuestionables a la hora de enfrentar los procesos y dirigir “inteligentemente” la aportación de las pruebas, nuevas nociones han pretendido salvaguardar una protección efectiva de los derechos, entre ellas la inversión de la carga de la prueba.

En el desarrollo jurisprudencial en la materia, en punto de los juicios en la declaratoria de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado por fallas en la prestación del servicio médico (Gil Botero, Responsabilidad Extracontractual del Estado, 2011) y en materia de protección de los derechos fundamentales en tutela (T-764-05, T-735-12, T-628-12, C-205-03, T-415-06, T-367-07, C-1007-02, C-962-03, C-665-98, T-063-06, T-447-08, C-595-10, T-

469-13, C-780-07, T-180-12, T-211-10, T141-11, T-977-11, T-227-12, T-076-13), se ha edificado una teoría que transforma la máxima según la cual quien alega el hecho debe probarlo, trasladando a la contraparte este deber. Con todo, si bien podría pensarse que este razonamiento constituye una garantía para el demandante, porque efectivamente se protege su pretensión, se plantea la cuestión frente a los mismos derechos del demandado.

En este contexto, resulta neurálgico que en aras de la protección de uno de los extremos de la relación procesal (demandante) sobre quien la jurisprudencia constitucional ha identificado la configuración de pruebas diabólicas (Sentencias T-510-09, T-819-03 y T-653-04) siendo esta la causa del nacimiento de la “inversión de la carga de la prueba”, se haya dado una disminución protuberante en las posibilidades de defensa del demandado, quien ante el juicio probatorio en la inversión no tiene salida distinta a aceptar lo decidido.

Ciertamente, aunque en este tipo de pretensiones el demandado resulta ser un sujeto de derecho público y la defensa se

acepta en la derrota, se considera que el debido proceso le asiste tanto a demandante como a demandado, por lo que dicha inversión vulnera los derechos fundamentales de una de las partes de la relación procesal. Lo anterior como hipótesis de trabajo encuentra soporte en las sentencias referidas.

Finalmente, se ratifica que este razonamiento del Juez en la protección de los derechos de la parte demandada es una construcción teórica netamente jurisprudencial, porque fue el Juez quien motivó la inversión de la carga bajo criterios de justicia ante la tragedia de las personas que acudían a la administración de justicia, no fue una institución que naciera desde la Ley.

Problema jurídico

¿Cuáles son las sub-reglas existentes en la jurisprudencia constitucional al momento de establecer la inversión de la carga de la prueba y la afectación del debido proceso de la parte demandada en los juicios de tutela en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana?

Metodología

En la resolución del problema de investigación en primer lugar, se listó el nicho citacional existente en la jurisprudencia constitucional en materia de inversión de la carga de la prueba; en segundo lugar, se identificó las hipótesis que en materia de tutela motivaron la aplicación de la inversión de la carga de la prueba y, finalmente, se Estableció los presupuestos axiológicos que definen la aplicación de la carga de la prueba en materia constitucional.

El presente trabajo se tipificó dentro de un enfoque de investigación cualitativo, con un tipo de investigación descriptivo, explicativo y correlacional, en el cual se empleó como instrumentos de investigación la ficha de análisis normativo y documental, utilizando como técnica de investigación el análisis de contenidos.

Comentario preliminar

La inversión de la carga de la prueba es una figura jurídica de creación netamente jurisprudencial. Su propósito se identifica en el mejor proveer frente a la prueba de los hechos en el proceso de cara a situaciones en las que resulta imposible la

obtención o aportación de la prueba por el demandante o por quien alega la ocurrencia del hecho. Piénsese en el caso en el que se le exige al demandante probar que la muerte de su esposo se debió a motivos ideológicos en razón del conflicto armado.

Esta realidad que se proyectaba a las más variadas pretensiones motivó el encuentro de una solución poco favorable al debido proceso. Es cotidiano encontrar que la jurisprudencia asigna el deber de probar un hecho en la sentencia; un punto en el que no existe un retorno en la instancia y que en forma tradicional se acepta por el Estado (tradicional condenado en esta lógica) porque al final, podría considerarse, debe soportarlo por ser tal.

Sin embargo, a partir de la lógica en que el Estado es sujeto de derecho y que las garantías procesales también se predicen de él, ante la realidad de la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa referida, se hace necesario evidenciar los problemas que presenta esta tesis, advirtiéndose la necesidad de su destierro en aras de las nuevas realidades procesales en el Código General del Proceso.

1. Problema teórico de la inversión de la carga de la prueba

La cuestión planteada puede formularse a partir de dos enfoques. Estos se identifican de la lectura de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a la forma en la que se ha abordado el objeto de estudio. Las posiciones que pueden adoptarse entorno al problema son las siguientes:

La inversión de la carga de la prueba. Una garantía del derecho del demandante.

Bajo este enfoque la carga de la prueba no le corresponde a quien alega el hecho. Este proceder se justifica en atención a que se pretende proteger a la parte más débil de la relación procesal, por lo cual se define la imposición de probar a quien le queda más fácil, es decir, al demandado. En este sentido, ante las particularidades del caso, el demandante encuentra la justicia porque su pretensión resulta favorecida en la inversión.

La inversión de la carga de la prueba. La desprotección del derecho del

demandado.

Bajo este enfoque se descubre que en el afán de protección de la pretensión del demandante se ha empleado un razonamiento que vulnera el derecho a la defensa del demandado. La inversión de la carga de la prueba se hace en la sentencia, en casi todos los casos en la sentencia que resuelve el recurso de apelación o en instancias de selección eventual ante la Corte Constitucional, un escenario en el que el demandado solo puede aceptar lo decidido, cuando ha enfrentado un juicio que, según las normas preexistentes, le informaba que no tenía el deber de probar ese hecho porque la carga de la prueba le incumbe a quien ha alegado un hecho.

2. La inversión de la carga de la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La regla de inversión de la carga de la prueba ha sido aplicada por la Corte Constitucional en las más variadas de las hipótesis; en identificación de la *ratio decidendi*; en estas decisiones se destacan los apartes de fondo relevantes al problema jurídico planteado.

En este orden de ideas y sobre el tema tratado la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado así:

Sentencia de Tutela 764 de 2005

Esta última condición enunciada por la Corte plantea un escenario probatorio complejo, pues, como se ha puesto de presente por la Corporación, dado que la facultad del empleador de terminar unilateralmente los contratos de trabajo sin justa causa lo exime de la obligación de motivar su decisión, se dificulta, en tales eventos, probar el motivo del despido. Esa circunstancia ha llevado a que la Corte haya elaborado una regla de inversión de la carga de la prueba, conforme a la cual en las hipótesis de estabilidad laboral reforzada, corresponde al empleador acreditar qué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el

Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión. Así, ha dicho la Corte, a manera de ejemplo, que “... cuando se demuestra que el despido de una mujer embarazada o de un directivo sindical no se debe a tales circunstancias, sino, por ejemplo, a un proceso de reestructuración en el que las personas son despedidos por igual, se desvirtúa la intención del empleador de hacer uso indebido de su facultad de despido para dejar de asumir su obligación por la maternidad o para impedir el ejercicio de la libertad de asociación.

Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que en todas esas hipótesis de estabilidad reforzada, para que opere la regla de inversión de la carga de la prueba dentro del proceso de amparo constitucional es preciso que se haya acreditado, así sea

sumariamente, la condición de la que se deriva esa estabilidad reforzada. Así, ha dicho la Corte, la sola afirmación del trabajador afectado no resulta suficiente “... para llegar a la conclusión de que el despido ha sido motivado con ocasión de la condición individual objeto de especial protección.” (Sentencia T-764, 2005)

Sentencia de Tutela 063 de 2006

PRESUNCION DE RELACION LABORAL-
Inversión de la carga de la prueba

Con relación a la nombrada presunción, la Corte ha señalado que es de naturaleza legal, de manera que puede ser desvirtuada por el empleador con la demostración del hecho contrario al presumido, esto es, probando que el servicio personal del trabajador no se

prestó con el ánimo de que le fuera retribuido, o en cumplimiento de una obligación que le impusiera dependencia o subordinación sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. En consecuencia, al empleador se le traslada la carga de la prueba, caso en el cual el juez con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 CP.), tendrá que examinar el “conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.

Por lo tanto, si concurren los tres elementos esenciales previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo existe un contrato de

trabajo, sin que deje de serlo por razón del nombre que se le de, ni de otras condiciones y modalidades que se le agreguen. Lo anterior es lo que la doctrina ha denominado *contrato realidad*. Por ende, al trabajador sólo le bastará con acreditar la existencia de la relación laboral para que opere la presunción legal de contrato de trabajo, con lo cual se invierte la carga de la prueba para el empleador quien para desvirtuarla tendrá que demostrar que el servicio no se prestó bajo subordinación o dependencia y con el pago de una remuneración, para lo cual no es suficiente la exhibición del respectivo contrato. (Sentencia de Tutela 063, 2006)

Sentencia de Tutela 415 de 2006

La Corte Constitucional ha determinado que, como regla general, en los casos en que

exista incapacidad económica del usuario del servicio, le compete al afiliado o beneficiario probar tal situación. No obstante, en presencia de afirmaciones en tal sentido sin acervo probatorio que las respalde, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo a la E.P.S. o A.R.S. desvirtuar lo sostenido por el usuario. Así, lo ha precisado esta Corporación, por virtud de la incapacidad económica del accionante probada a través de la manifestación expuesta en el escrito de tutela y de la presunción de falta de capacidad económica que recae sobre los afiliados al nivel II del Sisben, la Corte tutelar los derechos a la salud del accionante, ordenando la atención médica requerida, de tal suerte que sea la Secretaría de Salud Distrital la que asuma la totalidad del costo, exonerando al accionante del pago de la cuota de

recuperación que para el caso concreto hubiere que pagar.

La Corte Constitucional ha determinado que, como regla general, en los casos en que exista incapacidad económica del usuario del servicio, le compete al afiliado o beneficiario probar tal situación. No obstante, en presencia de afirmaciones en tal sentido sin acervo probatorio que las respalde, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo a la E.P.S. o A.R.S. desvirtuar lo sostenido por el usuario. Así, lo ha precisado esta Corporación:

"En varias oportunidades la Corte ha explicado que, ante la afirmación del usuario de no contar con los recursos suficientes, la carga de la prueba se invierte y en tal medida corresponde a las entidades promotoras de salud demandas en sede de tutela desvirtuar lo afirmado

por el accionante". (Sentencia de Tutela 415 , 2006)

Sentencia de Tutela 367 de 2007

En síntesis, puede reseñarse que la jurisprudencia de la Corte ha señalado en lo referente a los medios probatorios y la carga de la prueba para la incapacidad económica de sufragar medicamentos y tratamientos excluidos del POS: (I) que no existe tarifa legal, por tanto cualquier medio probatorio puede ser empleado, (II) si el demandante manifiesta que carece de recursos económicos, la carga de la prueba se invierte en cabeza de la EPS o ARS demandada, las cuales cuentan con los medios para demostrar la capacidad económica del accionante, (III) los jueces de tutela tienen el deber de decretar oficiosamente pruebas al respecto y (IV) ante la ausencia de otros medios probatorios, existen elementos que permiten

establecer una presunción, como por ejemplo encontrarse desempleado o pertenecer a nivel uno del SISBEN.

El hecho de que ante la manifestación de ausencia de recursos económicos la carga de la prueba se invierta en cabeza de la accionada, quien cuenta en sus archivos con la información suficiente para controvertir dicha alegación, y la potestad del juez de tutela para decretar medios de prueba suficientes para controvertir declaraciones como la rendida por el accionante, hacen que, ante la ausencia de prueba contraria, se deba proteger el derecho, máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso se trata de una menor de escasamente 4 años de edad. (Sentencia de Tutela 367, 2007)

Sentencia de Tutela 447 de 2008

Sentencia de Tutela 211 de 2010

Al momento de valorar los enunciados de la declaración, el funcionario debe tener en cuenta la presunción de buena fe. En consecuencia, si estima que el relato o las pruebas son contrarios a la verdad, debe demostrar que ello es así, dado que la presunción de la buena fe supone una inversión de la carga de la prueba. En estos casos, corresponde a la autoridad demostrar que los hechos esenciales de la narración no son ciertos y que, por tal razón, el solicitante no se encuentra en circunstancia de desplazamiento interno. Si el funcionario competente advierte una incompatibilidad entre los enunciados de la declaración, para poder rechazar la inclusión en el RUPD, tiene que tratarse de una incompatibilidad referida al hecho mismo del desplazamiento y no a otros hechos accidentales o

accesorios.

(i) Al momento de valorar los enunciados de la declaración, el funcionario debe tener en cuenta la presunción de buena fe. En consecuencia, si estima que el relato o las pruebas son contrarios a la verdad, debe demostrar que ello es así, dado que la presunción de la buena fe supone una inversión de la carga de la prueba. En estos casos, corresponde a la autoridad demostrar que los hechos esenciales de la narración no son ciertos y que, por tal razón, el solicitante no se encuentra en circunstancia de desplazamiento interno.

21. En síntesis, los parámetros por los cuales se rige la interpretación de la declaración de una situación de desplazamiento son: la aplicación del principio de buena fe a favor del desplazado, la inversión de la carga de la prueba hacia la

autoridad, y la relevancia de las contradicciones únicamente en cuanto se refieran al hecho esencial del desplazamiento y no a elementos accesorios a la situación. (Sentencia de Tutela 211, 2010)

Sentencia de Tutela 141 de 2011

Sentencia de Tutela 977 de 2011

Esta Corporación ha señalado que en virtud del principio de la buena fe, las declaraciones de los desplazados, con la que pretenden acreditar su condición, en principio, deben tenerse como ciertas. De modo que si Acción Social encuentra que el declarante falta a la verdad, la carga de la prueba recae sobre ésta, por lo que le corresponde desvirtuar las afirmaciones realizadas por los desplazados a través de los medios de convicción idóneos

y contundentes. En el caso de existir duda sobre los testimonios de los declarantes, la entidad debe probar con suficiencia la razón por la cual no es viable la inscripción, a partir de evidencias claramente indicativas de que tal imposibilidad es real y justificada.

En definitiva, la interpretación de la declaración de desplazamiento se debe regir por la aplicación del principio de buena fe a favor del desplazado, la inversión de la carga de la prueba hacia la autoridad y la información que resulte contraria a la verdad debe estar vinculada con los sucesos del desplazamiento mismo. (Sentencia de Tutela 977, 2011).

Sentencia de Tutela 180 de 2012

PRINCIPIO IN DUBIO

PRO OPERARIO-Inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador bajo determinados supuestos en que se presentan dificultades probatorias

Es importante agregar que la Corte Constitucional ha considerado que la inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador bajo determinados supuestos en que se presentan dificultades probatorias, es manifestación legítima del principio in dubio pro operario y, particularmente, del principio de igualdad material que ordena a las autoridades públicas distribuir adecuadamente las cargas públicas y compensar las igualdades de hecho, lo que en materia laboral, debe efectuarse entre empleado y empleador. En sede de tutela, la Corte ha estimado, además, que el principio *pro hómine* incluye a la obligación del juez de

apreciar las pruebas de la manera que mayor eficacia proyecte a los derechos de la persona. (Sentencia de Tutela 180, 2012)

Sentencia de Tutela 227 de 2012

REGISTRO UNICO DE POBLACION DESPLAZADA Y PRESUNCION DE BUENA FE DEL DECLARANTE DESPLAZADO-Supone una inversión de la carga de la prueba respecto a los hechos generadores del desplazamiento

Se ha reiterado que la información que resulte contraria a la verdad, debe estar vinculada con los sucesos del desplazamiento mismo y no puede aducirse con relación a asuntos accesorios que no desvirtúan la condición que se padece. La interpretación de la declaración de desplazamiento ha de regirse

por la aplicación del principio de buena fe en favor del desplazado y, por tanto, la inversión de la carga de la prueba debe estar dirigida hacia la autoridad encargada de su inscripción y, de esta manera, la información que resulte contraria a la verdad tiene que estar vinculada con los sucesos del desplazamiento mismo y no con argumentos que en nada lo controvierten.

En conclusión, la interpretación de la declaración de desplazamiento ha de regirse por la aplicación del principio de buena fe en favor del desplazado y, por tanto, la inversión de la carga de la prueba debe estar dirigida hacia la autoridad encargada de su inscripción y, de esta manera, la información que resulte contraria a la verdad tiene que estar vinculada con los sucesos del desplazamiento mismo y no

con argumentos que en nada lo controvierten. (Sentencia de Tutela 227, 2012)

Sentencia de Tutela 628 de 2012

47.- Ahora bien, ¿Cómo se determina que una conducta ha sido discriminatoria, es decir, que ha estado motivada precisamente porque la persona padece de SIDA o es portador del VIH?

Para resolver este interrogante, esta Corte ha construido una presunción de discriminación que invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido. Por regla general, en los procesos judiciales es el demandante el que debe probar lo que sustenta su pretensión, que en este caso sería la discriminación. Sin embargo, en este evento, la carga de la prueba se invierte y, en consecuencia, el demandado debe probar que no ha

existido discriminación, demostrando una razón objetiva para su conducta. En virtud de la presunción, si se prueba alguna razón objetiva la discriminación será descartada pero si ésta no se logra probar, la conducta se tendrá por discriminatoria. Para activar la presunción explicada, lo que debe demostrar el demandante, por cualquier medio probatorio, es que el demandado conocía que padecía de SIDA o era portador del VIH, condición que se entiende cumplida también cuando el demandante lo afirma y el demandado no lo niega.

Esta inversión de la carga de la prueba no sólo se ha aplicado en los casos de discriminación a causa del SIDA o del VIH, sino que se ha usado por esta Corte en otros eventos de discriminación, específicamente contra la mujer. En otras ocasiones es

la misma ley la que la construye, como en el caso del despido de la mujer embarazada o en licencia de maternidad o en el caso las personas con limitaciones. De modo tal que es un elemento al que se suele recurrir tanto por el juez constitucional como por el legislador cuanto se trata de discriminación.

Las razones para hacer, en estas hipótesis, una excepción a la regla general según la cual es el que demanda el que debe probar los hechos que fundamentan sus pretensiones son varias. En primer lugar, por la dificultad probatoria de todo acto discriminatorio debido a que estos, por regla general, no se hacen de forma manifiesta sino que buscan ser escondidos, precisamente porque se sabe que son contrarios a la Constitución. En segundo lugar, por la especial protección de la que son acreedores aquellos sujetos que hacen parte de

grupos tradicionalmente discriminados y que, como tal, se encuentran en una situación de debilidad respecto de quien los discrimina. Recuérdese que el artículo 13 de la Constitución ordena al Estados proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Finalmente, la inversión de la carga de la prueba es una forma de cumplir con el mandato constitucional consistente en promover *“las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”* y *“adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados”* (artículo 13). Esta situación de especial vulnerabilidad, como se vio, ya ha sido reconocida por esta Corte en los casos de personas que padecen de SIDA o que son portadores del VIH.

Así las cosas, *“exigir que la parte discriminada demuestre el ánimo discriminatorio resulta una imposición exorbitante que tendría como resultado una negación de justicia en muchos de estos casos, teniendo especial consideración el que se haga respecto de sujetos que reciben especial protección por parte del ordenamiento constitucional. Por otro lado, la inversión de la carga probatoria no resulta una exigencia excesiva para la contraparte, ya que si su conducta se ajustó a parámetros constitucionales contará con los elementos necesarios para demostrar que histórica, contextual y laboralmente no ha existido comportamiento alguno que involucre distinciones no legítimas al momento de determinar el acceso a oportunidades”* (Sentencia de Tutela 628, 2012)

Sentencia de Tutela 735 de 2012

4.3. Inversión de la carga de la prueba en favor del trabajador.

4.3.1. En la sentencia T-764 de 2005, se hizo alusión a cómo se puede demostrar la existencia de una conducta atentatoria contra el derecho de asociación sindical, que acarree una persecución o retaliación en contra de los afiliados. Así, encontró la Corte que en ciertos casos, a pesar de que la terminación unilateral de los contratos de trabajo es una facultad legal, se debe aplicar la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al empleador entrar a demostrar que la desvinculación de los trabajadores no obedeció a un acto antisindical, siempre que exista una base fáctica mínima *“que active esa regla de excepción de origen constitucional. Esto es, si se aportan elementos de convicción que para un*

observador desprevenido planteen una duda razonable en torno al ánimo persecutorio del empleador, correspondería a éste desvirtuar tal ánimo mediante la acreditación, así sea sumaria, de una razón distinta para la terminación de los contratos. Pero no cabe que la sola manifestación del sindicato sobre el ánimo persecutorio, o un señalamiento en ese sentido, apoyado en hechos incapaces por sí solos de generar esa duda razonable, se traduzca en la inversión de la carga de la prueba.”
(Sentencia de Tutela 735, 2012)

Sentencia de Tutela 076 de 2013

REGISTRO UNICO DE POBLACION DESPLAZADA Y PRESUNCION DE BUENA FE DEL DECLARANTE DESPLAZADO-Supone una inversión de la carga de la

prueba respecto a los hechos generadores del desplazamiento

Conforme a los parámetros expuestos, la Sala concluye que, en cuanto a la inscripción en el RUV – anterior RUPD-, las declaraciones sobre los hechos constitutivos de desplazamientos se basan en el principio de la buena fe de quien declara, siendo tarea del Departamento Administrativo para la Prosperidad desvirtuar las afirmaciones allí contenidas en virtud de la inversión de la carga de la prueba que opera en estos casos.

Conforme a los parámetros expuestos anteriormente, la Sala concluye que, en cuanto a la inscripción en el RUV – anterior RUPD-, las declaraciones sobre los hechos constitutivos de desplazamientos se basan en el principio de la buena fe de

quien declara, siendo tarea del Departamento Administrativo para la Prosperidad desvirtuar las afirmaciones allí contenidas en virtud de la inversión de la carga de la prueba que opera en estos casos.

En primer lugar, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que al momento de valorar los enunciados de la declaración, el funcionario competente **debe tener en cuenta la presunción de buena fe**. En consecuencia, si estima que el relato o las pruebas son contrarios a la verdad, deberá demostrar que ello es así, dado que la presunción de la buena fe **supone una inversión de la carga de la prueba**. En estos casos, corresponde a la autoridad demostrar que los hechos esenciales de la narración no son ciertos y que, por tal razón, el solicitante no se encuentra en circunstancia de

desplazamiento interno.

076, 2013)

El precedente constitucional indica que en casos como este debe reconocerse una inversión en la carga de la prueba, de manera que corresponde a la autoridad demostrar de forma pertinente, clara y suficiente que la solicitante no se encuentra en alguna de las situaciones previstas por la ley para ser considerada víctima y, en consecuencia, no es procedente su inscripción en el RUV. Sin embargo, dicha actitud no es la que se evidencia en la resolución proferida por Acción Social en febrero de 2011, razón por la que se presentó el desconocimiento de los derechos antes mencionados, en cuanto no se aportó evidencia que condujera a concluir, sin lugar a dudas, que los hechos narrados fueron causados por grupos de delincuencia común. (Sentencia de Tutela

Sentencia de Tutela 469 de 2013

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y PROHIBICION DE REGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES-

Inversión de la carga de la prueba y justificación de las disposiciones regresivas por parte del Estado

5.3 De las obligaciones del Estado para la adopción de medidas regresivas. Inversión de la carga probatoria y justificación de las disposiciones.

De conformidad al esquema de análisis sugerido, la regresividad constituye un factor agravado del análisis de razonabilidad. Por ello, la prueba de que una norma es regresiva determina una presunción de invalidez o de inconstitucionalidad, transfiriendo al Estado la

carga de argumentar a favor de la racionalidad de la legislación propuesta, es decir, que éste debe probar que pese a que la medida es regresiva, la norma es justificable.

En consecuencia corresponde al Estado demostrar la estricta necesidad de la disposición regresiva. Esto supone la demostración por parte del Estado de:

- a) la existencia de un interés estatal permisible
- b) el carácter imperioso de la medida
- c) la inexistencia de cursos de acción alternativos o menos restrictivos del derecho en cuestión. (Sentencia de Tutela 469, 2013)

3. **Inversión de la carga de la prueba**

Existen circunstancias donde a pesar de alegarse un hecho conforme a la regla del *onus probandi incumbit actori*, **i)** no

puede probarse o **ii)** "no sabe probarse" (imposibilidad fáctica) o **iii)** donde el juez fue inactivo de oficio, y no necesariamente debe verse condenada la protección de la pretensión de la persona. Injusticias de los casos concretos lo revelan.

La **prueba de la incapacidad económica**, por ejemplo, en los eventos donde se exige el pago de la cuota de remuneración una vez se aprueban o se ordena la autorización de procedimientos, intervenciones y medicamentos excluidos del POS (Sentencia de Tutela 819, 2003), o frente a la prueba de la afectación del mínimo vital para la compatibilidad de la pensión de invalidez y la pensión de gracia (Sentencia de Tutela 653, 2004), **en ocasiones se presenta suficientemente con la simple declaración indefinida cuando no ha recibido contradicción de la parte o, ahí no hay un criterio uniforme, con un principio de prueba.** La negación indefinida "no tengo capacidad económica" es prueba indiciaria que invierte la carga de la prueba porque se presume la buena fe. Por lo general, esto es en sede de tutela, las entidades demandadas ahí quedan fusiladas o, desde

otra perspectiva, tienen un soporte suficiente para otorgar la prestación del servicio y luego recobrar al FOSYGA que es su real interés.

Claro en estos casos concretos si no se invierte la carga de la prueba, dadas las tragedia, y esto es una forma curiosa de denominación de la prueba pero muy real, se le estaría exigiendo al accionante una "**prueba diabólica**", ese ha sido el término empleado por la Corte Constitucional. Caso concreto es aquel donde se le niega a la persona la entrega de la ayuda humanitaria de emergencia porque no probó que los motivos ideológicos de la muerte del esposo se debieron al conflicto armado (Sentencia de Tutela 510, 2009), absurdo. Precisamente la denominación diabólica se justifica porque si el juez se queda con el concepto de carga del artículo 177 (Decreto 1400, 1970) y 167 inciso 1 (Ley 1564, 2012) no existe la posibilidad de darle la razón a quien la tiene desde el punto de vista de la Constitución.

3.1 Discusión

El problema de la inversión de la carga de la prueba se encuentra en el momento en

que se invierte la carga, cuando el juez invierte la carga lo hace en la sentencia, es decir, ya no existe posibilidad alguna de defensa por parte del demandado. Por regla general, es en la sentencia de una alta Corte donde se le informa a la parte que debía probar un determinado hecho. Sin duda podría existir un estado de indefensión del demandado porque según la regla del derecho aplicable y según el principio de previsibilidad del derecho, era al demandante a quien le correspondía probar el hecho. Esa sorpresa no le responde al derecho a la prueba y reviste posibles características de inconstitucionalidad porque en el afán de descubrir la justicia a uno de los extremos de la relación procesal se configuró una clara situación de desventaja del demandado.

Salvo lo anotado, es indiscutible que la inversión le sirve a innumerables tragedias en la medida en que el demandado en múltiples casos era "estratégicamente" inactivo, teniendo medios de convicción, a fin de resultar victorioso. Sin embargo, la generalización no puede ser la salida o solución definitiva como si se debiera entonces invertir la carga en todos los casos. Una

evidencia clara, consciente o inconsciente, de los problemas de la inversión es su no consagración normativa en los nuevos resultados legislativos sobre el proceso

Conclusiones

El derecho a la prueba no privilegia a ninguno de los extremos de la relación procesal. Dependiendo del caso concreto la noción clásica de la carga de la prueba perjudica al demandante al enfrentarlo a la configuración de una prueba diabólica. Así mismo, la inversión de la carga que sorprende perjudica al demandado al configurar un deber que conforme a la regla aplicable y previsible no le correspondía. En este sentido resulta oportuno señalar aspecto particular aplicable en materia de responsabilidad extracontractual por falla en la prestación del servicio médico-sanitario en los siguientes términos:

“...El Consejo de Estado enunció el principio probatorio de la carga dinámica de la prueba pero nunca lo aplicó conforme a sus contenidos esenciales. Lo

que hizo el Consejo de Estado en el lapso comprendido entre el año 1990 y 2006 fue invertir la carga de la prueba bajo la teoría de la falla presunta, en ocasiones con base al principio de equidad, y aplicar los indicios para atenuar su prueba y la del nexo de causalidad a partir de la probabilidad, nunca distribuir la carga de la prueba”¹

La inversión de la carga de la prueba es una regla jurisprudencial que podría ser inconstitucional. Ahora, cuando se aplica el principio de buena fe o de interpretación favorable con este propósito se justifica siempre y cuando exista el indicio o un principio de prueba.

La inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba describen realidades distintas. Son dos conceptos diferentes y por eso se describen como costales independientes, aunque se asemejen en la lógica de asignar la carga a quien le quede más fácil o para proteger a la parte más débil de la relación procesal (Giacometto Ferrer, 2003),

porque la carga dinámica ofrece un momento previo a la sentencia para asignar la carga de probar. Los contenidos esenciales de la carga dinámica de la prueba son: **i)** se distribuye la carga en un momento anterior a la sentencia, **ii)** existe una decisión especial del juez donde asigna la carga de probar, **iii)** existen hipótesis específicas sobre las cuales se hace procedente la distribución de la carga, **iv)** se garantiza el derecho de defensa de las partes, sin privilegiar extremo alguno, **v)** el auto es susceptible de recurso de reposición.

La inversión de la carga de la prueba es una institución de creación netamente jurisprudencial, fue el juez contencioso administrativo quien en un primer momento invirtió la carga de la prueba; posteriormente, en la lógica de hechos que planteaban una prueba diabólica el juez constitucional invirtió la carga de la prueba al advertir que esa regla se tornaba imposible para el demandante.

Referencias

Colombia. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia de Tutela 510. Julio 30 del 2009. Magistrado

Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expediente: T-2.137.392.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia de Tutela 819. Septiembre 18 del 2003. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente: T-752205.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia de Tutela 653. Julio 8 del 2004. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente: T-856266.

JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. *Código General del Proceso. Comentado y concordado*. Primera edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2013.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. *La prueba en el proceso. Una aventura intelectual*. Primera edición. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2013.

GIACOMETTO FERRER, Ana. *Teoría general de la prueba*. Primera edición. Consejo Superior de la Judicatura. 2003.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso administrativo y en el derecho comparado*. Décima sexta edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2007.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Primera edición. Universidad del Rosario. Colección Textos de Jurisprudencia. 2010.

Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Quinta ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.

Devis Echandía, H. (1984). *Compendio de Derecho Procesal* (Octava ed.). Bogotá D.C.,

Colombia: Editorial ABC.

**5 DISPOSICIONES
CONSTITUCIONALES DE
JUSTICIA TRANSICIONAL PARA
LA SOSTENIBILIDAD DE LA PAZ
EN EL ESCENARIO DE
POSCONFLICTO ARMADO EN
COLOMBIA**

ARIEL ALONSO MÁRQUEZ SALAZAR,
FELIPE ALBERTO ROJAS CASTAÑO Y
ÁLVARO FREDDY CONTRERAS

Resumen

El documento bajo el título “disposiciones constitucionales de justicia transicional para la sostenibilidad de la paz en el escenario de posconflicto armado en Colombia” explora del concepto y contenido de justicia transicional los elementos que podrían aplicarse desde las disposiciones del marco jurídico para la paz en la búsqueda de posibles acuerdos que permitan una salida negociada a la situación del conflicto armado interno de Colombia.

Se basa en una revisión documental a través del cual los autores realizan por interpretación y relación un amplio análisis considerando de una parte los desarrollos teóricos de los conceptos de paz como

cultura, violencia, constitucionalismo y posconflicto y de otra la revisión de experiencias de justicia transicional desde el orden internacional tanto las de paso de dictaduras a democracia como de conflicto armado interno a paz. Así mismo, los planteamientos mínimos de la justicia transicional, verdad, justicia, reparación y reformas institucionales.

Palabras Claves

Constitucionalismo, justicia transicional, conflicto armado, paz

Abstract

The document titled "Constitutional provisions of transitional justice for sustainable peace in post-conflict scenario in Colombia armed" explores the concept and content of transitional justice elements that could be applied from the provisions of the legal framework for peace in the search for possible negotiated agreements that allow the situation of internal armed conflict in Colombia departure.

It is based on a literature review through which the authors performed for a broad interpretation and analysis by considering relationship of a part the theoretical developments of the concepts of peace and

culture, violence, and constitutionalism and post another review experiences of justice transitional from the international order both passage of dictatorships to democracy as internal armed conflict to peace. Likewise, the minimum approaches to transitional justice, truth, justice, reparations and institutional reforms.

Keywords: Constitutionalism, transitional justice, conflict, peace

INTRODUCCIÓN

El largo conflicto socio político y armado interno de Colombia cuenta con alternativas de salida a través del dialogo que enmarca una negociación y supone un proceso de paz. Para alcanzar un escenario de superación de tal conflicto en lo que hasta el momento se ha llamado “escenario de posconflicto armado en Colombia” requiere de la existencia de disposiciones constitucionales de justicia transicional que aseguren la viabilidad y sostenibilidad de dicho escenario futuro de paz.

Se trata de la habilitación de condiciones de orden jurídico que viabilicen legalmente realizar cualquier negociación fundamentada en el logro de la paz con el

cual garantizar los derechos a las víctimas. Estas condiciones se ubican inicialmente en el artículo 22 de la constitución política “*La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento*” y el reciente ajustado artículo 66 transitorio “*Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo.*

Mediante una ley estatutaria se establecerán instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción. En cualquier caso se aplicarán mecanismos de carácter extrajudicial para

el esclarecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas.

Una ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección”, dos desarrollos constitucionales que posibilitan la búsqueda de la paz a través de la negociación.

Estos dos últimos artículos establecen el llamado marco jurídico para la paz que establece disposiciones de orden constitucional de justicia transicional.

El marco jurídico para la paz implica un ajuste constitucional que da piso a la negociación al tiempo que establece las condiciones de justicia transicional que podrán ser aplicadas a quienes cumplan sus condicionesⁱⁱ.

Como situación de futuro, el escenario de posconflicto armado, al tiempo que supone una serie de concesiones jurídicas para lograr la reconciliación y el cese al uso de la violencia como forma de hacer política,

genera múltiples observaciones y sospechas sobre su sostenibilidad una vez se alcanceⁱⁱⁱ.

Es una preocupación válida toda vez que el desgaste tanto político como social y jurídico es alto en relación con el propósito final. La sostenibilidad consiste en alcanzar un punto de acuerdo donde las condiciones que lo soportan generen las suficientes garantías de que no se retrocederá.

Se está considerando en este sentido que la sostenibilidad de la paz depende en parte de la existencia y aplicación de disposiciones de justicia transicional a los integrantes de los grupos con quienes se adelanten acuerdos.

Así entonces, algunos de los retos que le surgen a los procesos de negociación que se den tras el marco jurídico para la paz, deberán partir primero por comprender que se trata de un proceso “para” la paz y no un proceso “de” paz, dado que con la firma del acuerdo se inicia el camino para la reconciliación y es en ese momento, cuando son plenamente aplicables las disposiciones de justicia transicional previamente establecidas para este caso.

Con lo antes planteado, se genera un interés

multidisciplinario que para el caso del estudio del derecho y específicamente del derecho constitucional recae en varios cuestionamientos que a su vez implican desde este trabajo, una exploración al fenómeno formulado en la pregunta central sobre *¿cuáles son las disposiciones constitucionales de justicia transicional requeridas para hacer sostenible la paz en el escenario de posconflicto armado interno en Colombia?* Esta pregunta se desarrolla siguiendo varias preguntas orientadoras que apoyan su sistematización, entre ellas: ¿cuál es el marco jurídico que viabiliza los acuerdos de paz en Colombia?, ¿cuáles son los elementos distintivos de la justicia transicional aplicables a los procesos de paz?, ¿es viable sostener el escenario de post conflicto armado desde la mirada de las disposiciones de justicia transicional?

La respuesta a este cuestionamiento central implica una experiencia investigativa que tiene por objetivo general *“Explorar las posibles disposiciones de justicia transicional requeridas para hacer sostenible la paz en el escenario de postconflicto armado en Colombia”* que a su vez cuenta con los siguientes objetivos específicos:

- Conocer las bases conceptuales del escenario de posconflicto armado en Colombia desde la justicia transicional.
- Identificar los aspectos característicos de la justicia transnacional como tipo de justicia aplicable en los escenarios de negociación de paz.
- Estudiar el marco jurídico actual de las condiciones de la justicia transicional para los procesos de negociación.

Consideraciones teóricas

Esta experiencia de investigación sigue categorías de análisis del desarrollo teórico de varios conceptos asociados, esencialmente los referidos a “violencia”, “cultura de paz” y “constitucionalismo”.

Primero. En cuanto el concepto de “violencia” de tipo socio política, se entiende en el sentido de Ives Michaud (MICHAUD 1988) que establece “hay violencia cuando, en una situación de interacción, uno o varios actores apelan de manera directa o indirecta, inmediata o diseminada, pretendiendo afectar a uno o varios en grados variables, sea en su

integridad física, en su integridad moral, en sus posesiones, en sus participaciones simbólicas y culturales”.

El concepto es útil en la investigación al considerar que el escenario de posconflicto armado como se intentó aclarar antes supone la existencia de condiciones de paz que vendrían a hacer paz positiva pero que para efectos iniciales se trata del concepto de paz negativa la cual si supone la ausencia del uso de la violencia y la eliminación consecuente de sus efectos sobre la vida y sus impactos socio económicos y culturales (VARGAS, 1993)

Segundo. El otro concepto útil para la investigación es el de cultura de paz en el sentido que la cultura como elemento de influencia en el comportamiento social, político y económico de una sociedad ha sido enfatizada por varias ideologías (VARGAS, 1993)

Al igual que el anterior, este planteamiento cobra importancia al relacionarlo con el escenario de posconflicto armado si se tiene en cuenta que la cultura de paz no supone necesariamente la negación de la violencia, supone más bien valores de quienes a pesar de ser diferentes y poseer

pretensiones y posiciones distintas entienden las fronteras del respeto y la tolerancia y hacen uso de caminos alternos para resolver dichas diferencias.

Esta situación es importante, dado que la paz y su sostenibilidad dependerán de la apropiación de estos valores, los cuales a pesar de que no se adquieren por decreto, no se pueden imponer, pueden ser direccionados desde las mismas disposiciones de justicia transicional, siendo además de la verdad, la justicia y la reparación, muy importante también el fortalecimiento de la democracia que genera transformaciones a la situación de conflicto armado.

Tercero. Desde el estudio del derecho constitucional es fundamental lo postulado por la corriente neoconstitucionalista que ha tenido para el derecho colombiano y especialmente para su doctrina y jurisprudencia constitucional un impacto de gran valor en los últimos años. (FAJARDO, 2008)

En este enfoque se considera que el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo supone una nueva cultura jurídica donde el papel de la constitución y la norma es principal al considerar que en

ella se consagran “los derechos humanos, que a su vez son el reflejo y tienen que estar acordes con los derechos del SIDH, va ganando un papel preponderante en el derecho nacional” (FAJARDO, 2008).

Este marco de entendimiento teórico se sustenta en las acepciones principales de Luis Sanchis Prieto: (SANCHIS, 2003)

- Por un lado la organización política que parte de un Estado de derecho, situación que es producto de la fusión de constituciones que combinan contenidos normativos y garantías de derechos (FAJARDO, 2008).

Lo más sobresaliente de esta primera acepción para efectos del trabajo que se desarrollara está referido al hecho de considerarla el carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución. (FAJARDO, 2008)

- El sistema constitucional se caracteriza por constituir la protección de los derechos humanos. Esta acepción se orienta desde la propuesta de Riccardo Guastini (2004) llamada “la constitucionalización del ordenamiento jurídico”, cuyo fin último es el de lograr impregnar e irradiar en todo el ordenamiento jurídico las normas

constitucionales. De esta acepción se deberá rescatar el hecho de que jerárquicamente toda norma en el sistema jurídico no podrá en su fondo contraponer los preceptos que dispone la constitución tanto en lo explícito como en lo implícito, hecho fundamental para el planteamiento de la sostenibilidad de la paz en el posconflicto armado si se tiene en cuenta que habrá a partir del desarrollo constitucional transitorio, producción de normas para el cumplimiento de los acuerdos y su ratificación.

Estos desarrollos teóricos son importantes al cruzarlos no solo con el escenario de posconflicto armado sino con el escenario previo a la negociación. Desde la visión del neoconstitucionalismo, la supremacía de la constitución y lo que allí se dispone al contener elementos de justicia transicional dan el piso jurídico a la negociación y aportan puntos fundamentales a la sostenibilidad de los acuerdos.

Aspectos metodológicos

Metodológicamente la experiencia del trabajo sigue una ruta sencilla que corresponde a una investigación de tipo

exploratoria netamente cualitativa basada en el desarrollo constitucional reciente para adelantar acuerdos de paz con grupos que hacen parte del conflicto armado de los cuales fue importante lo referido a justicia transicional y el análisis a su materialización.

Para avanzar en las bases conceptuales del escenario de posconflicto armado en Colombia desde la justicia transicional, se avanzará con la revisión bibliográfica de fuentes netamente académicas que den cuenta sobre el concepto de posconflicto armado y sus relaciones que lo definen como escenario de futuro en el que el conflicto armado ha sido superado.

En relación con el estudio de marco jurídico actual de las condiciones de la justicia transicional para procesos de negociación, igualmente la técnica será revisión documental tanto del proyecto de acto legislativo como de la sentencia de revisión de constitucionalidad.

En cuanto al posible escenario constitucional y legal requerido para alcanzar la superación del conflicto armado, este se soportará en los análisis de estudios anteriores y la posición de los

autores sobre lo alcanzado en los puntos anteriores.

El ejercicio de investigación propone un análisis de información por relación simple tomando como referencia tanto los principios conceptuales como sus desarrollos a nivel nacional y su aplicación en los desarrollos constitucionales nacionales para de allí con argumentación e inferencia alcanzar un análisis sobre dichas disposiciones que permitan dar respuesta a la pregunta central y desarrollar el objetivo general de la investigación.

CONDICIONES DEL ESCENARIO DE POSCONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA

El acercamiento al término escenario de posconflicto armado incluye la respuesta sobre cuáles son las condiciones de dicho escenario con las cuales conocer las bases conceptuales del escenario de posconflicto armado en Colombia.

Primero, al tratarse de un escenario en términos exactos el concepto tan comúnmente usado, tiene una definición científica en la prospectiva estrategia que

estudia el futuro, (MOJICA, 2001) donde un escenario es una imagen de futuro.

Segundo, supone una situación de futuro en la que el conflicto armado de naturaleza armada y violenta que desarrollan actores en confrontación en Colombia ha sido superado.

Tercero, el escenario de posconflicto armado es asociado de forma lógica con la ausencia de la guerra y en consecuencia con la presencia de una situación de paz. Esta suposición no es necesariamente tan sencilla. Su complejidad depende de la aclaración al tipo de paz que supone se da.

Cuarto, el tránsito al escenario de posconflicto armado si se da, implica que se logró un acuerdo de negociación final entre los actores en confrontación y que para ello fue necesario hacer uso de los preceptos y contenidos de la justicia transicional.

- **Escenario del posconflicto armado como concepto de la prospectiva**

Esta primera condición lleva a considerar que se ha definido un modelo de futuro desde la prospectiva como metodología que

definió el país en condiciones de ausencia del conflicto armado. Conceptualmente “escenario” significa *una imagen de futuro de carácter conjetural que supone una descripción de lo que pasaría si llegase a ocurrir, e involucra algunas veces la precisión de los estadios previos que se habrían recorrido, desde el presente hasta el horizonte de tiempo que se ha elegido.* (MOJICA, 2011)

Según esta definición, la existencia de un escenario de posconflicto armado deberá contener las decisiones anticipadas que defina como es el futuro de Colombia sin la presencia del conflicto armado y las situaciones y eventos que en ese momento se darían.

- **Escenario de posconflicto armado como superación del conflicto armado**

Esta segunda condición implica que el conflicto armado colombiano caracterizado como complejo ha sido superado. (UPRIMY – SAFFON, 2007) Superarlo significa haber considerado los elementos que lo hacen complejo, entre ellos:

- Tratarse de un conflicto armado extremadamente largo en cuanto a

tiempo de desarrollo (CNRR. 2006), a pesar de haber contado con distintos ciclos existe acuerdo general de que el conflicto armado interno colombiano es uno solo (UPRIMY – SAFFON, 2007).

- Se trata de un conflicto armado que ha tenido no solo dos facciones en confrontación de forma convencional sino que han intervenido e intervienen distintos actores con posiciones y practicas diferentes.
- La imposibilidad para alcanzar su definición. Sobre el conflicto armado interno colombiano no se tiene acuerdo sobre como nombrarlo, se ha propuesto, sin consenso tres nombres: guerra civil, amenaza terrorista y guerra contra la sociedad. (UPRIMY – SAFFON, 2007)
- Se trata de un conflicto armado de magnitudes exageradas en cuanto a sus víctimas, situación que ha llegado a considerarse como tragedia. (INDEPAZ, 2007)

- **Escenario del posconflicto armado como situación de paz**

La imagen de futuro en la que se da una situación de la no existencia del conflicto

armado supone antagónicamente la existencia de una situación de paz. Pero es necesario aclarar el tipo de paz a que se referiría dicho escenario.

Se ha propuesto y aceptado interpretar el término “paz” desde dos conceptos, primero paz positiva y segunda paz negativa. (CEIPAZ)

La primera corresponde, desde la mirada de Johan Galtung, (GALTUNG, 1985) a la concepción de un estado social perfeccionista en el que las condiciones de tipo estructural (violencia estructural) que en el pasado son o fueron generadoras de uso de la violencia han sido superadas, principalmente las que expresan desigualdad y exclusión que en forma sistemática dan paso al uso de la violencia como forma de expresión política y consecuentemente llevan al deterioro del conflicto armado.

En este sentido se expresa *“la paz no es lo contrario de la guerra sino la ausencia de la violencia estructural, la armonía al ser humano consigo mismo, con los demás y con la naturaleza. La paz no es una meta utópica, es un proceso. No supone un rechazo del conflicto armado, al contrario.*

Los conflictos armados hay que aprender a afrontarlos y a resolverlos de forma pacífica y justa” (GALTUNG, 1985).

La segunda, corresponde igualmente desde la mirada de Johan Galtung, a las situaciones latentes de la sociedad que se expresa en violencia y sobre la cual se recae como ciclo vicioso casi imparable. Específicamente dice: *“La paz negativa es la concepción predominante en occidente, pone el énfasis en la ausencia de guerra, de violencia directa (agresión física. La paz sería simplemente la “no-guerra”, consistiría en evitar el conflicto armado” (GALTUNG, 1985)*

En este sentido el escenario de posconflicto armado para asegurar la sostenibilidad deberá referirse a la paz de tipo positivo ya expuesta, donde no se supone meramente la ausencia de la guerra y sobre la cual las experiencias de negociación y de justicia transicional aplicables deben prestar atención.

- **Escenario de posconflicto armado y justicia transicional**

Actualmente se conoce por justicia transicional “al conjunto de teorías y

prácticas derivadas de los procesos políticos por medio de los cuales las sociedades tratan de ajustar cuentas con un pasado de atrocidad e impunidad, y hacen justicia a las víctimas de dictaduras, guerras civiles y otras crisis de amplio espectro o larga duración, con el propósito de avanzar o retornar a la normalidad democrática” (VALENCIA, 2007), así la relación entre posconflicto armado y justicia transicional es directa e implica que no se podrá contar con un escenario de futuro de paz positiva sin que se garantice tanto a las víctimas como a los victimarios condiciones para dicho acuerdo que logre superar la situación de guerra^{iv}.

En este punto se han relacionado las condiciones del posconflicto armado con el cual se facilita su conceptualización y se hace claro entonces, que llegar al escenario de posconflicto armado en Colombia implica en lo abstracto y en lo factico condiciones que predisponen su logro.

Posconflicto armado en el caso colombiano es la imagen de futuro en la que se han tomado algunas decisiones anticipadas que permiten el paso de guerra a paz, en el que las causas estructurales del conflicto armado han sido superadas y se ha

alcanzado un estado de paz en sentido positivo, habiendo pasado por un proceso de justicia transicional que debió generar garantías tanto a las víctimas como a los victimarios para negociar.

La justicia transicional implica cambios de naturaleza institucional en referencia a la participación política, la oferta de programas y proyectos institucionales entre otros.

REVISIÓN DEL ALCANCE Y APLICACIÓN DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

Antes de pasar a la definición del concepto de justicia transicional de que trata este punto, es importante diferenciar en el sentido que lo propone Rodrigo Uprimy lo que en materia de justicia transicional proviene del campo del derecho y lo que proviene del campo de la política. (UPRIMY – SAFFON, 2007)

Al campo del derecho pertenece propiamente la expresión justicia transicional como un producto jurídico que embarco un tipo de justicia útil en los procesos de paso de guerra a paz. Mientras que al campo de lo político pertenece la

política de las transiciones para hacer referencia al estilo, contenido y concesiones para la negociación.

También es importante aclarar la relación y diferencia entre justicia transicional y casos de amnistías e indultos.

En el caso de amnistía se debate sobre la naturaleza de su alcance y delimitación conceptual en tanto depende de los entornos y contornos donde se aplica y las disposiciones que aplique lo que hace que varíe. Pero se tiene un acuerdo básico sobre su definición en el sentido de que se trata de “una medida a través de la cual se extingue la responsabilidad penal; extinción que, en su caso, alcanzará también a la pena y a todos sus efectos. (MIR PUIG, 2996)

En el caso de indulto, este igualmente ha tenido un desarrollo conceptual de acuerdo con su aplicación, sin embargo se ha llegado a considerar que el indulto corresponde a “una facultad otorgada a poderes no judiciales para extinguir la pena o disminuirla (indulto total o parcial) por razones de oportunidad fundamentadas, estrictamente, en motivaciones político-criminales. De este modo, por su propia

naturaleza, el indulto extingue exclusivamente la pena, no la condena judicial ni el resto de consecuencias derivadas de ella. (CHINCHÓN, 2007)

Los dos conceptos son importantes al considerar que implican formas de salida de actores del conflicto armado y acuerdo con su contradictor al tiempo que dejan sin oportunidad la justicia, aun cuando dependa de la forma en que se dé.

En sentido estricto, “justicia transicional” viene a ser el conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Entre ellas figuran las acciones penales, las comisiones de la verdad, los programas de reparación y diversas reformas institucionales. (CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL)

Existe un acuerdo generalizado en el sentido de que la justicia transicional no implica una justicia especial, se centra en realidad en la forma en que se alcanza “justicia” mientras se hace tránsito de una situación de conflicto armado a una de superación del mismo.

Prima en este sentido los derechos de las víctimas y su reconocimiento, en todo caso se refiere a la verdad de lo sucedido como consecuencia de los actos de la confrontación que género víctimas y la reparación a ellos mismos.

Históricamente, se puede ubicar este enfoque de justicia a finales de los años 80 y principios de los 90, en el contexto de cambios políticos y demandas de justicia en distintas partes del mundo, por lo que las experiencias de justicia transicional se registran siempre en la contemporaneidad. (VALENCIA, 2007)

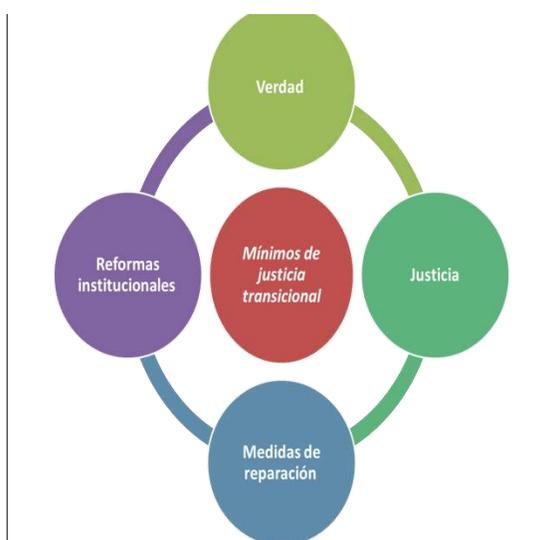
Esta época coincide con un vasto desarrollo jurídico de principios, condiciones y recomendaciones de la comunidad internacional, organizaciones supranacionales e intergubernamentales enfocadas en los mínimos de justicia en todos los casos^v.

En casi todos los casos, la solicitud generalizada era la de hacer frente a los abusos sistemáticos de los conflictos armados y los regímenes autoritarios al tiempo que se requería mantener vigentes las transformaciones de tipo político que

recién iniciaban. Estos cambios se conocieron como “transiciones a la democracia”, que dio paso a denominar este tipo de justicia y medidas que contenida y además se caracterizó por su multidisciplinariedad como “justicia transicional”. (ICTJ)

De todos los casos se pueden identificar distintas fórmulas para lograr conocer la verdad, hacer la memoria de lo sucedido, castigar a culpables, depurar, reparar, abrir caminos de reconciliación, generar condiciones de perdón y olvido, era una forma de ponerse al día con el daño generado durante el conflicto armado y lograr reglas de juego para alcanzar ese propósito y que daban paso al restablecimiento o reconocimiento del constitucionalismo vigente. (VALENCIA, 2007)

El siguiente gráfico consolida los elementos básicos que para el caso de transiciones tras regímenes totalitarios



(transición a la democracia) y conflicto armado (transición a la paz) deberá contener una experiencia de justicia transicional.

Fuente: Elaboración propia a partir de Esteban Cuya – Centro de Derechos Humanos de Nuremberg

En el caso de la *verdad* se busca esclarecer lo realmente sucedido durante la confrontación sobre los crímenes que dieron violación de derechos humanos y del derecho humanitario internacional. La verdad incluye igualmente la reconstrucción de la memoria histórica de los hechos^{vi}.

Sobre la *justicia* se trata de responsabilizar y juzgar a los responsables de violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario internacional. Esta justicia podrá ser impartida en un juzgado nacional o internacional o una combinación de ambos.

Las *medidas de reparación* implica la aplicación de acciones de naturaleza material y moral dirigida a las víctimas de violación de derechos humanos. Entre ellas se contemplan la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la

satisfacción y las garantías de no repetición”

En cuanto a los *ajustes institucionales*, consiste en la aplicación de reformas dentro del Estado encaminadas a su transformación para dar garantía de cumplimiento de los contenidos de la paz positiva.

Las reformas buscan esencialmente “transformar las fuerzas armadas, la policía, el poder judicial e instituciones estatales, con el fin de modificar instrumentos de represión y corrupción, y convertirlas en herramientas íntegras de servicio público” (CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL – ICT)

Ahora bien, el marco de aplicación de la justicia transnacional se extiende a los hechos de violación tanto de derechos humanos como de derecho internacional humanitario que cometen los actores de un conflicto armado, algunos de ellos incluso van más allá y constituyen crímenes de guerra y delitos considerados de lesa humanidad.

En cuanto a crímenes de guerra estos implican la existencia de un conflicto armado en la lógica de “cuando se recurre a la fuerza armada de entre los Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades y grupos armados organizados o entre dichos grupos contra el Estado” (FORERO – LÓPEZ – GIZ). Su desarrollo se encuentra establecido en según el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y tiene base en el derecho internacional humanitario. Desde el Estatuto de la Corte Penal Internacional y desde las infracciones graves de los convenios de Ginebra de 1949. (FORERO – LÓPEZ – GIZ).

Así mismo, en el marco de un conflicto armado como el caso del conflicto armado interno colombiano, se presentan crímenes de lesa humanidad sobre los cuales un escenario de negociación y de justicia transicional deberá prestar atención pues configuran las bases para las garantías de derechos a las víctimas al tiempo que implica la responsabilidad de los mismos.

El concepto *crimen de lesa humanidad* ha tenido una evolución en su definición principalmente en el plano internacional (FORERO – LÓPEZ – GIZ). Se ha llegado

a aceptar que como expresión implican gravedad de ciertos delitos; delitos que agravan no sólo a las víctimas y sus propias comunidades, sino a todos los seres humanos, sin importar su comunidad y que calan hondo, lesionando el núcleo de humanidad que todos compartimos y que nos distingue de otros seres de la naturaleza (AMBOS, 2012)

Un crimen de lesa humanidad implica 1) un ataque que “en materia de crímenes de lesa humanidad, el ataque no se limita a las hostilidades, sino que también puede comprender situaciones donde hechos como torturas, desapariciones y terribles malos tratos son infringidos a personas que no participan directamente en las hostilidades, personas detenidas, por ejemplo”. 2) Generalidad o sistematicidad donde el “El ataque puede ser generalizado o sistemático, esto es, no será necesario la concurrencia de ambas bases (...)”. Por su parte, “El ataque ‘generalizado’ se determinará, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas” y (...) “la calificación como ‘sistemático’ del ataque se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por mera coincidencia”. 3) Contra la población civil. 4) Conocimiento

del ataque, “En efecto, “(...) se requiere que el agente o sujeto activo conozca el contexto amplio y general en que el acto ocurre, así como que tal conducta es o será parte de un ataque generalizado o sistemático –violencia organizada– en contra de la población civil en desarrollo de un plan o de una política” (FORERO – LÓPEZ – GIZ)

En síntesis un crimen de lesa humanidad ha sido considerado en el establecimiento de fórmulas de justicia transicional. Va más allá de una violación al derecho internacional humanitario y supone un ataque contra los actores del conflicto armado y la población civil que afecta en gran magnitud y se hace de forma sistemática con el previo conocimiento de quien lo comete y los efectos que tendrá afectando no solo a las víctimas directas sino al conjunto total de la humanidad. Estos delitos son cometidos en los escenarios de desarrollo del conflicto armado y deben existir la suficiente conciencia tanto política como jurídica para considerarse en la aplicación de las condiciones de la justicia transnacional.

En tanto las violaciones de derechos humanos sistemáticas que no solo afectan a

las víctimas directas sino al conjunto de la sociedad, los Estados además de cumplir con garantizar justicia para las víctimas así como la verdad y la reparación, deben asegurarse de que las violaciones no vuelvan a suceder, en consecuencia, deben especialmente reformar leyes y en ocasiones crear un nuevo ordenamiento jurídico para aplicar los acuerdos logrado en procesos de paz y sometimiento a la justicia.

Más allá de que el escenario sea el de una transición a la democracia o paso del conflicto armado a la paz, en cualquiera de estas situaciones los sistemas de justicia cumplen un rol esencial, al menos en dos aspectos que están íntimamente relacionados:

- La protección de los derechos de las víctimas.
- La consolidación de Estados y democracias donde no exista espacio para la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos, especialmente cuando éstas constituyen crímenes internacionales.

Ambos aspectos son claves para que la transición sea sólida y la nueva normatividad pueda evitar la repetición de los hechos del pasado, en este punto se hayan los elementos que en este trabajo se denominan “sostenibilidad” con lo cual se refuerza la idea de que ella depende en gran medida de las disposiciones constitucionales de justicia transicional.

En esta lógica se llega entonces a aclarar que el principal propósito de la justicia transicional es fortalecer la democracia y establecer la paz, garantizando la participación de las víctimas y la sociedad en general, para ello cuenta con los siguientes elementos:

- Las acciones penales, sobre todo contra los criminales considerados de mayor responsabilidad.
- Las reparaciones que los Gobiernos utilizan para reconocer los daños sufridos y tomar medidas para abordarlos. Esas iniciativas suelen tener un componente material (como los pagos monetarios), así como aspectos simbólicos (como las disculpas públicas).
- Las comisiones de la verdad u otras formas de investigación y análisis de pautas de abusos sistemáticos, que recomiendan cambios y ayudan a

comprender las causas subyacentes de las violaciones de derechos humanos graves.

Cada país va incorporando nuevas medidas como parte de su propia fórmula de justicia transnacional, entre ellas la permanencia en la memoria, por ejemplo, que se compone de diversas iniciativas destinadas a mantener viva la memoria de las víctimas mediante la creación de museos y monumentos, y otras medidas simbólicas como el cambio de nombre de los espacios públicos, se ha convertido en parte importante de la justicia transicional en la mayoría de los países del mundo.

- **Sobre las comisiones de la verdad, el acto legislativo que da paso al marco jurídico para la paz.**

La reforma constitucional propone como parte de las disposiciones constitucionales “Una ley deberá crear una Comisión de la Verdad y definir su objeto, composición, atribuciones y funciones. El mandato de la comisión podrá incluir la formulación de recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional, incluyendo la aplicación de los criterios de selección”

Esta comisión de la verdad, deberá entenderse como un instrumento que tenga el fin primordial investigar e informar sobre los abusos cometidos durante períodos clave del pasado reciente, su propósito también es el de generar recomendaciones para remediar tales abusos y prevenir su repetición. (CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL – ICT)

Un avance sustancial en este sentido se da en el caso colombiano en materia de incorporación de medidas de justicia restaurativa y transformadora en los casos de reparación a víctimas del conflicto armado.

Tendencia que se ha venido dando con ocasión de la incorporación de las medidas propuestas por la comisión interamericana de derechos humanos a partir de las recomendaciones de Theo Van Boven. (BOVEN, 2001)

- **Aportes de las experiencias latinoamericanas y colombianas de justicia transnacional**

En cumplimiento de una recomendación que hiciera en ese sentido la Comisión de la

Verdad y Reconciliación, en Perú se creó una estructura especializada para la investigación de los delitos y crímenes de derechos humanos cometidos durante el conflicto armado. Esta estructura ha sido denominada sub sistema penal de derechos humanos, y está “conformado por una Sala Penal Nacional [integrada por doce jueces] y la Fiscalía Penal Nacional y adicionalmente por tres juzgados penales supra provinciales en Lima y uno en Ayacucho y tres fiscalías penales supra provinciales en Lima, dos en Ayacucho y una en Huancavelica” (Rivera, en este libro). Según Carlos Rivera, la creación de este sub sistema tiene una “destacada significancia” y “ha constituido uno de los más importantes avances del proceso de justicia en el Perú”. (CEH: 1994

Se cuenta en América Latina con dos tipos de experiencias las que provienen del cono sur referidas al paso de la dictadura a la democracia y las de Centro América del paso del conflicto armado interno a la paz. (FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, 2006)

En Guatemala, durante el conflicto armado, la ineficiencia y debilidad del Poder Judicial fueron tales que llegaron a

configurar un patrón sistemático de denegación de justicia e incluso a propiciar la violencia (CEH: 1994) Por ello, la Comisión de Esclarecimiento Histórico sugirió la reforma judicial como una prioridad de la transición. En 1994 se reformó la justicia penal para adoptar el sistema acusatorio.

Por su parte, Argentina, Chile, El Salvador y Uruguay han mantenido esencialmente inalteradas las estructuras judiciales vigentes durante los regímenes militares o el período de guerra civil. En Argentina, el “juzgamiento de las graves violaciones de derechos humanos se ha regido de acuerdo con los procedimientos de la justicia penal nacional y no ha recurrido a tribunales especiales o ad-hoc, como en otros países” (BARBUTO).

El juicio a las juntas militares realizado en 1985, al comienzo de la transición hacia la democracia, se tramitó de conformidad con el procedimiento de la justicia militar. La ausencia de tribunales especiales no ha sido obstáculo para que la justicia penal ordinaria argentina haya adelantado varios juicios, declarado la imprescriptibilidad de los crímenes cometidos durante el régimen miliar, inaplicado en varios casos las leyes de Obediencia Debida y Punto Final por considerarlas inconstitucionales,

incorporado los estándares internacionales e interamericanos y condenado a 68 personas, el mayor número de condenas por crímenes del pasado en los países de la región. (FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, 2006).

Dentro de los antecedentes nacionales e internacionales se ha obtenido que en Colombia, la Ley 975 de 2005 denominada ley de Justicia y Paz y que se aprobó para el acuerdo logrado con los grupos de autodefensas en Colombia a partir de la cual se creó una serie de instituciones para su ejecución y asignó competencias a otras ya existentes.

Unas y otras están encargadas del procesamiento de los delitos cometidos por miembros de grupos organizados al margen de la ley que decidan acogerse a los beneficios de esta norma.

La Ley creó la Unidad Nacional de Fiscalía para la Justicia y la Paz y le asignó a los tribunales superiores de distrito judicial competencias en materias de justicia y paz y a la Defensoría Pública competencias para velar por los derechos de los imputados acusados y condenados en virtud de esta ley. (FISCALÍA GENERAL, 2005)

Otra experiencia data de los procesos de paz con las guerrillas de los años 90. Estos no podrían estar inmersos en lo que definimos anteriormente como justicia transicional, ya que dicho procesos fueron basados en la aplicación de amnistías e indultos.

La cantidad importante de experiencias de modelos y fórmulas de justicia transicional con distintos instrumentos en casos de conflictos armados y regímenes autoritarios ha llevado a considerar que actualmente no se cuenta con un único modelo universalmente aplicables, puede que estrategias de éxito en algunos lugares generen riesgos en otros, dando importancia al análisis del contexto para su aplicación. (LOPERA, 2011)

- **Alcance del concepto de justicia transicional desde el marco jurídico para la paz.**

Siguiendo la Sentencia C-579/13 denominada instrumentos jurídicos de justicia transicional se expone que “La justicia transicional busca solucionar las fuertes tensiones que se presentan entre la justicia y la paz, entre los imperativos

jurídicos de satisfacción de los derechos de las víctimas y las necesidades de lograr el cese de hostilidades.

Para ello es necesario conseguir un delicado balance entre ponerle fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia (paz negativa) y consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (paz positiva)” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2013)

De acuerdo con la sentencia en mención para alcanzar el propósito de la justicia transicional es del reconocimiento de las víctimas, quienes no solamente se ven afectadas por los crímenes, sino también por la falta de efectividad de sus derechos.

Las disposiciones del marco jurídico para la paz suponen que las víctimas deben lograr en el proceso el restablecimiento de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

De igual forma el restablecimiento de la confianza pública mediante la reafirmación de la relevancia de las normas que los perpetradores violaron.

De otra parte, la reconciliación, que implica la superación de las violentas divisiones sociales, se refiere tanto al logro exitoso del imperio de la ley como a la creación o recuperación de un nivel de confianza social, de solidaridad que fomente una cultura política democrática que le permita a las personas superar esas horribles experiencias de pérdida, violencia, injusticia, duelo y odio, y que se sientan capaces de convivir nuevamente unos con otros. (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2013)

En este sentido, los procesos de justicia transicional deben mirar hacia atrás y hacia delante con el objeto de realizar un ajuste de cuentas sobre el pasado pero también permitir la reconciliación hacia el futuro.

En relación con el fortalecimiento de la democracia mediante la promoción de la participación de todos, restaurando una cultura política democrática y un nivel básico de solidaridad y de confianza sociales para convencer a los ciudadanos de que participen en sus instituciones políticas por razones distintas a la conveniencia personal.

La consagración de medidas de justicia transicional en las sociedades que están o han sufrido conflicto armados que han causado graves violaciones a los Derechos Humanos y/o al Derecho Internacional Humanitario para fortalecer el Estado de Derecho ha sido reconocida en diversos documentos internacionales de las Naciones Unidas.

Según se ha visto en este punto, tras revisar la definición, alcance, aplicación y experiencias, la justicia transicional no necesariamente implica un medio instrumental que da confianza a los actores para negociar, más bien genera condiciones para que la paz sea sostenible solo en el caso que la transición se dote de justicia principalmente a las víctimas.

Para ello deberá prestarse cuidado especial a no confundirlo con un elemento que suponga solamente y a priori la legitimación de un proceso que finalmente es una decisión de naturaleza jurídica.

En este sentido Rodrigo Uprimy acierta en la afirmación: “es importante establecer si el reciente uso recurrente de la justicia transicional implica el imperio de la ley por sobre la política al menos en ciertos asuntos, o si la política continúa aun

moldeando por completo las fórmulas jurídicas en contextos de transición”. (UPRIMY – SAFFON, 2007)

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL MARCO JURÍDICO PARA LA PAZ

Para generar condiciones que posibiliten una política pública para la paz, se requieren herramientas jurídicas de justicia transicional que garanticen a las víctimas los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición y a la sociedad una paz estable y duradera, estas condiciones son expuestas como fundamentos para viabilizar el contenido y aplicación del acto legislativo 01 de 2012 denominado genéricamente marco jurídico para la paz. (ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2012)

El llamado marco jurídico para la paz en Colombia, añade dos artículos transitorios a la Constitución Política de 1991, donde se precisa por una parte crear una comisión de la verdad que podrá incluir recomendaciones para la aplicación de instrumentos de justicia transicional, como por ejemplo la aplicación de los criterios de selección, y además crear una ley

estatutaria para establecer instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción, además se facultó al Congreso de la República para que mediante ley estatutaria pueda determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los *máximos responsables* de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática.

Por el otro lado se debe crear una ley estatutaria que regule cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para saber cuáles actores del conflicto armado que lleguen a un acuerdo de paz con el Estado, tengan la posibilidad de participar en política y deja claro que no podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y por lo tanto no podrán ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos.

Este marco jurídico permite al gobierno nacional tener definido un sendero legal para aplicar la justicia transicional al momento de firmar un acuerdo de paz con los actores del conflicto armado, garantizar la dejación de las armas y lograr la consolidación de una paz estable y duradera en Colombia.

Para comprender el alcance del texto del acto legislativo 01 de 2012 se debe partir de una máxima aplicada en todo acuerdo de paz “nadie firma un acuerdo de paz para irse a la cárcel”, es por eso que debería permitirse que el Estado colombiano prometa no castigar a quienes opten por dejar las armas.

Este es el sentido de la “justicia transicional” que se ha aplicado en contextos muy diversos. La esencia del acto legislativo es clara y la Corte Constitucional lo avaló igualmente: *...la Constitución debe permitir que no sean investigados todos los delitos cometidos por miembros de los grupos armados, que no se les inicien todos los procesos penales, o que no se les haga cumplir todas las penas a que fueran condenados. Este sería el precio de la paz que deseamos.*

(CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2012)

Respecto a los límites del marco jurídico para la paz, la sentencia C-579 de 2013 advierte que se debe priorizar la investigación en delitos como la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, el desplazamiento, delitos sexuales y reclutamiento a menores cuando sean considerados delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, además exige que la ley estatutaria que apruebe el Congreso para fijar las herramientas de justicia transicional aplicables a los actores del conflicto armado que lleguen a un acuerdo de paz con el Estado debe ser respetuoso de las tratados y acuerdos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, con respecto a la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

A pesar de la autorización para proceder en la negociación y permitir éxito en la misma, deben considerarse como ya se vio brevemente en el punto anterior, acciones que permitan la garantía de derechos a las

víctimas de modo que el escenario de posconflicto armado no contenga situaciones o señas de impunidad (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2012). Para este propósito, el jurista francés Louis Joinet, aporta en su trabajo los elementos fundamentales de lucha contra la impunidad de las violaciones a los derechos humanos aplicables en un escenario de justicia transicional, denominados principios Joinet. (Comisión de Derechos Humanos, ONU, 1997) Ellos son:

Derecho de saber. Se trata del **derecho individual** y **derecho colectivo**, para ello se puede aplicarlas comisiones de verdad y reconciliación. Se deberán **preservar los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos**: algunas de las medidas que se deben tomar para esto son: a) Medidas de protección y de represión contra la sustracción, la destrucción u ocultación; b) Realizar un inventario de archivos disponibles, que incluya los existentes en países terceros con la finalidad de que, con su cooperación, puedan ser consultados, o en su caso, restituidos; c) Adaptación a la nueva situación, de la reglamentación, sobre el acceso a los archivos y su consulta, principalmente otorgando el derecho a toda

persona que sea imputada la garantía de su derecho a respuesta y que éste sea incluido en su expediente” (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ONU, 1997)

Derecho a la justicia. Se trata del derecho materializado como recurso justo y eficaz que se hace realidad a través de distintas medidas restrictivas justificadas por la lucha contra la impunidad. No se podrá aplicar la prescripción cuando hay crímenes graves según el derecho internacional como los que se tratan de crímenes contra la humanidad. Sobre la amnistía no podrá proceder en tanto no las víctimas no alcancen justicia plena. (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ONU, 1997)

- Derecho a la reparación. La reparación incluye medidas que puedan restituir a las víctimas su situación anterior del hecho victimizante. Incluye además la indemnización tanto por el perjuicio psicológico como mora por las pérdidas materiales, reputación y la asistencia jurídica. Además se requiere las medidas de readaptación que se refieren a la atención médica para atender psicológica y psiquiátricamente. También deberán ser parte algunas medidas simbólicas

de reparación que busquen la reparación moral entre ellas el reconocimiento público y solemne de los actores del conflicto armado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos, permiten asumir mejor el deber de la memoria. (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ONU, 1997)

- Garantías de no repetición. Implica medidas que eviten desde el Estado a través de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y por las empresas privadas, lleven a un escenario de compasión y respeto a la dignidad y derechos humanos para adoptar medidas apropiadas que garanticen la seguridad e intimidad de las víctimas y el conjunto de sus familias. Incluye además las medidas para que el tratamiento de víctimas y el proceso de restablecimiento de derechos no se vuelvan a generar situaciones de victimización. (COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, ONU, 1997)

Teniendo estos principios como referencia, el propósito fundamental del marco jurídico para la paz es incluir en la Constitución Política las herramientas para generar nueva normatividad desde el Congreso de la República que posibilite la desmovilización de los actores del conflicto armado colombiano garantizando su inclusión en la sociedad.

El marco jurídico pretende blindar los procesos de paz que se desarrollen, demostrando a los grupos actores del conflicto armado que quieren desmovilizarse en el futuro, que el Estado tiene la voluntad política para garantizar que serán juzgados bajo los parámetros de la justicia transicional además que responderán solo los máximos responsables quienes cometen delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra de manera sistemática. (ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2012)

Con la creación de la comisión de la verdad que dispone el acto legislativo 01 de 2012 se busca esclarecer la verdad de todos los hechos en los cuales participaron los desmovilizados que dejen las armas como resultado de acuerdos de paz o quienes lo hagan de manera individual de

conformidad con los procedimientos y la autorización del gobierno nacional.

Así, el marco jurídico para la paz logran sentar las bases para la normatividad necesaria y fundamental para hacer reales los acuerdos logrados con los actores del conflicto armado, por lo cual el acto legislativo en su artículo primero dice: *“Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”*. (ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2012)

Los desarrollos normativos que se desprendan de esta disposición constitucional deben permitir dar cuenta al menos de tres aspectos esenciales:

- Darle un tratamiento diferenciado para los distintos grupos al margen de la ley que hayan hecho parte del conflicto armado así como para los agentes del Estado en relación a su participación en el mismo.

- Establecer instrumentos de justicia transicional de carácter judicial o extrajudicial que permitan garantizar los deberes estatales de investigación y sanción.
- regular cuáles serán los delitos considerados conexos al delito político para efectos de la posibilidad de participar en política.

El articulado dispone crear una comisión de la verdad mediante desarrollo jurídico donde se defina su objeto, composición, atribuciones y funciones. Dicha comisión podría formular recomendaciones para la aplicación de los instrumentos de justicia transicional.

El marco jurídico también advierte que tendrán derecho a tratamiento penal especial solo quienes cumplan condiciones como dejar las armas, reconocer la responsabilidad, contribuir al esclarecimiento de la verdad, la reparación integral de las víctimas, liberación de los secuestrados y desvincular los menores reclutados y que se encuentren en su poder.

Como garantía para no dejar en la impunidad los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra el acto legislativo

aclara: no podrán ser considerados conexos al delito político los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad y genocidio cometidos de manera sistemática, y en consecuencia no podrán participar en política ni ser elegidos quienes hayan sido condenados y seleccionados por estos delitos. (ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2012)

De esta forma, las disposiciones de justicia transicional contenidas se convierten en la base para lograr los acuerdos de paz con los grupos armados al margen de la ley, ya que esta es la que proporciona los instrumentos para que estos grupos dejen las armas y se reincorporen a la sociedad respondiendo excepcionalmente solo por los delitos de lesa humanidad y genocidio, esta justicia es la garantía para los combatientes de poder responder solo por los delitos más graves y a las víctimas su derecho a la justicia, la verdad y la reparación, con ello se confirma la sostenibilidad del escenario donde el conflicto armado sea superado.

Por ello al acto legislativo 01 de 2012 la menciona en su artículo 1. Cuando establece: *“Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la*

terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo” (ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2012)

Como instrumento jurídico este ajuste constitucional contiene los elementos sustanciales de la justicia transicional con los cuales se abre y generan las posibilidades tanto de la negociación como de la sostenibilidad de los acuerdos en el escenario del posconflicto armado.

Es importante señalar en relación con la pregunta central, que las disposiciones sobre las que se cuestionan si bien están establecidas en este denominado marco jurídico para la paz, es necesario desarrollar con mayor detalle las que se refieren a justicia transicional.

CONCLUSIONES

A lo largo de este texto se han desarrollado argumentos enfocados en dar respuesta a la posible sostenibilidad del escenario de posconflicto armado en Colombia desde la mirada del análisis a las disposiciones constitucionales en materia de justicia transicional.

Se acordó que el escenario de posconflicto armado genera observaciones sobre su sostenibilidad y que estas se resuelven en la medida que se aseguren disposiciones constitucionales que incorporen medidas de justicia transicional como las que han sido propuestas por experiencias internacionales.

En Latinoamérica las experiencias de transición de guerra a paz en los cuales se hizo uso de elementos de justicia transicional se dividen en aquellas experiencias que pasaron de conflicto armado interno a negociación y participación política y paz como es el caso de los procesos de paz de Centroamérica y aquellos que pasaron de dictaduras a democracia como en el cono sur.

De igual forma se acordó que el escenario de posconflicto armado se considera una imagen de futuro lo que implica verlo desde la metodología prospectiva en la que se supone la superación de la situación de conflicto armado llegando a establecer condiciones de paz en el sentido de la propuesta teórica de la paz positiva y cuyo resultado fue facilitado a través de la aplicación de medidas de justicia transicional.

En cuanto a justicia transicional, esta podría considerarse en muchos casos como la forma excepcional para regímenes en tránsito de dictaduras o de la guerra a la restauración de un régimen de democracia con base en una aplicación selectiva de justicia y con medidas de derecho penal especial, tanto por imposibilidad de cubrir el universo de casos en condiciones de violaciones masivas, graves y sistemáticas, como por las concesiones en materia de sanción a los responsables de delitos diferentes a los de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Se debe considerar que todo ejercicio de negociación consecuentemente contendrá algo de impunidad si se tiene en cuenta que es necesario para el éxito de la misma negociación.

En este punto llama la atención el hecho de la necesaria y cuidadosa relación entre política y derecho, cuyos fines últimos en escenarios de negociación no siempre logran ser coincidentes, se deberá diferenciar entre la justicia transicional de naturaleza exclusiva del derecho y la política de las transiciones liderada por las decisiones del campo de los actores políticos.

Sin embargo no es conveniente verlo solo como un instrumento para alcanzar metas de la negociación, puesto que deja por fuera de antemano la necesaria reparación para la reconciliación. Ello se traduce necesariamente en hacer que transición tenga elementos jurídicos que aseguren mínimos de justicia. Esto a pesar de la dinámica de naturaleza política que se den mientras se está en la negociación y se salta a la etapa de la transición.

En relación con el marco jurídico para la paz como instrumento jurídico de ajuste constitucional, se identificó que este contiene los elementos sustanciales de la justicia transicional con los cuales se abre y generan las posibilidades tanto de la negociación como de la sostenibilidad de

los acuerdos en el escenario del posconflicto armado.

Teniendo en cuenta lo revisado, se han identificado los aspectos que podrían llamarse generadores de sostenibilidad del escenario de posconflicto armado, estando estos directamente relacionados con las disposiciones de naturaleza constitucional que da cuenta de medidas de justicia trasnacional.

Finalmente, el escenario de posconflicto armado al tiempo que implica una situación de justicia y reconciliación es posible a través de reformas institucionales profundas que permitan al Estado cumplir eficientemente su función pública y ganar legitimidad para y por el tratamiento de los conflictos.

Bibliografía

Acto legislativo 01 de 2012, "Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la constitución política y se dictan otras disposiciones" Diario Oficial No. 48.508 de 31 de julio de 2012

Ambos, Kai, Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional, *Revista General de Derecho Penal* 17 (2012).

Andreas Forero - Claudia López Díaz, *Acerca de los crímenes de lesa humanidad y su aplicación en Colombia*. GIZ Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Proyecto "Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz.

Anzalone, Pablo et al: *Uruguay, Memoria y Derechos Humanos de cara al siglo XXI*. Ministerio de Educación y cultura, Montevideo 2007

Arango-olaya, m., el bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana, en <http://dspace.icesi.edu.co/>

Arias, Bernal, las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos, 79-151, en revista instituto interamericano de derechos humanos, vol. 43 (2006).

Asociación Argentina Pro Derechos Humanos: *punto y seguido* N° 1, Madrid,

febrero 2001
 Ayala-cora, c., la recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional, en <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/ayala-writing.pdf> (consultado el 4 de noviembre de 2006).

Buergenthal, Thomas: *La Comisión de la Verdad para El Salvador*. IIDH Estudios Especializados IIDH N° 1. Págs. 11-62, San José 1996

Centro Internacional para la Justicia Transicional – ICT, ¿qué es justicia transicional?

CNRR. 2006. Fundamentos Filosóficos y Operativos. Definiciones estratégicas de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, disponible en: www.cnrr.org.co/cd/pdf/Definiciones_estrategicas.pdf

Colomer, Álvaro: *Guardianes de la memoria- recorriendo las cicatrices de la Vieja Europa*. Ediciones MR, Madrid 2008

Comisión de entrega de la Comisión de la Verdad y Reconciliación: *Hatun*

Willakuy, versión abreviada del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. Lima, febrero 2004

Comisión de Esclarecimiento Histórico: “*Guatemala: Memoria del Silencio*”, Guatemala, febrero de 1999

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual 1985-1986. San José, 1986

Comisión Internacional de Juristas: La Revista N°. 62,63. *Impunidad, crimen de lesa humanidad y desaparición forzada*, Lima Julio 2001

Cuellar, Benjamín et al: *Justicia para las víctimas en el Siglo XXI*. Fundación para el debido proceso legal. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, El Salvador 2002.

Cuya, Esteban: *La “Operación Cóndor”*: El Terrorismo de estado de Alcance Transnacional publicado en la revista “Memoria” N° 5, Núremberg, diciembre de 1993 <http://www.derechos.org/vii/1/cuyas.html>

Cuya, Esteban: *Las Comisiones de Verdad en América Latina*, Núremberg 1996 <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html>

Da Silva Catela, Luzmila: *No habrá flores en la tumba del pasado. La experiencia de reconstrucción del mundo de los familiares de desaparecidos*. Ediciones Al Margen, La Plata agosto 2001

Fajardo Luis Arturo, la influencia del sistema interamericano de los derechos humanos en el derecho constitucional, marco teórico, Derecho Interamericano en Colombia, Centro de Investigaciones de la universidad Sergio Arboleda, 2008. ISSN: 1692-8156

Familiares de desaparecidos y detenidos por razones políticas de Argentina: *Ley 24.411*, Buenos aires, diciembre 1998

Faúndez, Héctor, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales (comisión de la unión europea y fundación ford, san josé, 1999).

Francisco José Mojica, determinismo y construcción del futuro, universidad Externado de Colombia, 2009

Francisco José Mojica, la construcción del futuro, Universidad Externado de Colombia Convenio Andrés Bello. 2011

Galtung, Johan, Sobre paz. Barcelona: Fontamara, 1985

García-Ramírez, Sergio, jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones, 1-86, en la corte interamericana de derechos humanos, un cuarto de siglo 1979 -2004 (CORTEIDH, San José, 2005).

González, C. "Prólogo". 2007, en *Las cifras del conflicto armado*. Bogotá: INDEPAZ; Richards, M. 2007. *Quantification of the financial resources required to repair victims of the Colombian conflict in accordance with the Justice and Peace Law*. Bogotá: CERAC.

IEPRI (ed.). 2006. *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto armado en Colombia*. Bogotá: Norma.

IIDH: *Estudios Básicos de Derechos Humanos* Tomo VII, Costa Rica 1996

Joinet, Comisión de Derechos Humanos, ONU, Subcomisión de Discriminación y Protección de las Minorías, 49 sesión, E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.12 octubre de 1997). Informe final elaborado y revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión.

Las víctimas y la justicia transicional ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales? Fundación para el debido proceso legal Fundación para el Debido Proceso Legal. ISBN 978-0-9801271-9-5. Washington, DC 2006

Londoño, María-Carmelina, la eficacia de los fallos de la corte interamericana de derechos humanos, 85-149, en principios y valores constitucionales, memorias del v encuentro red socio jurídica (Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2006).

Lopera Morales, Jenny Juliet, Aproximación a la Justicia Transicional: interrogantes sobre su aplicabilidad en Colombia, Revista electrónica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, número 7, año 2, ISSN 2145-2784, Medellín, Agosto, 2011

Luis Andrés Fajardo-Arturo. Pág. 312. El estudio del constitucionalismo se ve estudiado en Prieto Sanchís (2003)

Madariaga, Carlos: *La reparación por parte del Estado hacia las víctimas de la Tortura. Reflexión N° 22*, Cintras, Santiago de Chile diciembre de 1994

Martin, Arnaud et al: *La mémoire et le pardon*. L. Harmattan, Paris 2009

Más, Fernando: *De Núremberg a Madrid. Historia íntima de un juicio*. Edit. Grijalbo, Madrid 1999

Mayor Zaragoza, Federico et al: *Historia y Reconciliación*. Instituto Martín Luther King, Managua 2008

Michaud, Yves, "La violence", Presses Universitaires de France, 2 Edition, Paris, 1988

Naciones Unidas: *De la locura a la esperanza, La guerra de 12 años en El Salvador*. Informe de la Comisión de la Verdad para el Salvador, San Salvador y New York 1992-1993

Nino, Carlos S: *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del proceso*. emecé editores, Buenos Aires 1997

Patrick Moynihan, Daniel, *El Aporte de la Cultura de Paz, Un Desarrollo Histórico de un Concepto Normativo*, Universidad del Salvador, Buenos Aires, 2005

Peinado, Manuela Mesa, Paz y seguridad, CEIPAZ, Fundación Cultura de Paz. Publicación No 16, versión consultada en medio electrónico consultada en la dirección,
http://www.ceipaz.org/images/contenido/16_paz_seguridad_castellano.pdf

Pieper, Werner: *Haití besser Verstehen*. The Grüne Kraft, Augsburg S/f.

PNUD: Hechos del Callejón. Edic. Especial N° 21. *Del dolor a la Verdad y Reconciliación*, PNUD, Bogotá Enero 2007

Prieto Sanchís, Luis, “justicia constitucional y derechos fundamentales” Madrid, Trotta, 2003

Principios Joinet en Comisión Colombiana de Juristas, principios internacionales sobre impunidad y

reparación, *Compilación de documentos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)*. Bogotá 2007.

Salazar, Luis Enrique: FESPAD. *Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho*, San Salvador 2000

Sánchez, G. y Peñaranda, R. 1991. *Pasado y presente de la violencia en Colombia*. Bogotá: IEPRI-CEREC.

Sentencia C-579/13. Corte Constitucional de Colombia, 2013

Uprimy Rodrigo, Díaz Gómez c, Sánchez n, (2009) *reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto armado, pobreza y exclusión*. Bogotá. Yepes editores, centro internacional para la justicia transicional, comisión de la unión europea de justicia.

Uprimy Rodrigo, Saffon María Paula, *Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia*, Seminario Internacional Paz y Responsabilidad en Transiciones de Conflicto armados Armados, Universidad del Rosario, 2007

Valencia Villa, Hernando, *Introducción a la justicia transicional*. Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana “Julio Cortázar” de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de octubre de 2007

Vargas Velásquez, Alejo “Violencia en la Vida Cotidiana”, en *Violencia en la Región Andina*, Varios Autores, La Violencia en la Región Andina. El caso Colombia, CINEP-APEP, Santafé de Bogotá, Julio de 1993.

Referencias

elementos de la justicia transicional el escenario de paz será irreversible, o lo que es lo mismo, sostenible.

^{iv} En el tercer punto de este texto se desarrolla en detalle el concepto y alcance de la justicia transicional como parte del cuerpo del documento.

^v Son importantes los aportes los principios de Loinet, corte penal internacional, corte y comisión interamericana de derechos humanos, entre otros

^{vi} Con la reconstrucción de la memoria histórica se ataca la política de olvido implementadas por los actores de la guerra.

LLLLL

ⁱ La transcripción a la que se hace referencia corresponde a uno de los apartes de la sustentación presentada por Kelly Paola Villamizar Torrado en el XIV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho Nivel Pregrado organizado en el marco del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, dentro de la investigación titulada “**La carga dinámica de la prueba en el juicio de responsabilidad del Estado por fallas en la prestación del servicio médico en vigencia del Código General del Proceso**”, dirigida por el Dr. Carlos Alberto Colmenares Uribe y Diego Armando Yañez Meza.

ⁱⁱ El producto de la negociación no es objeto de discusión en profundidad en este texto, sin embargo su éxito supone un escenario de en qué se ha superado el conflicto armado o lo que es lo mismo un escenario de paz que para efectos conceptuales corresponde a paz positiva.

ⁱⁱⁱ Se parte del supuesto de que al contar con las disposiciones constitucionales que contengan los

