



HIPÓTESIS LIBRE
REVISTA DIGITAL

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

Febrero 2014
Volumen 9

**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

Tabla de contenido

1	ANÁLISIS DEL DESARROLLO DE LOS PROCESOS POR INTIMACIÓN O MONITORIOS EN COLOMBIA, URUGUAY Y ESPAÑA	3
	Diana Rosa Jaimes Riaño, Zulma Del Pilar Leal Rojas y Javier Leonardo Villasmil Munar.....	3
2	DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y PROBATORIO DEL CONTRATO REALIDAD EN LOS JUZGADOS LABORALES DE CUCUTA-AÑO 2013	23
	Gustavo Araque Márquez y Mario Enrique Cáceres Quintero	23
3	PRINCIPIO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN LA EMBARAZADA – CASO DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	48
	Heidi L. Aristizábal González, Sara Nacarid Corredor Jurado y Mayra L. Escalante Jiménez	48
4	ANÁLISIS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN COLOMBIA	73
	Jorge Al.Chávez Carrillo, Andrea P.Sanabria Forgiony y Reinaldo A.Villamizar Arenas.....	73
5	SUSTITUCIÓN Y REFORMA CONSTITUCIONAL . ANÁLISIS A PARTIR DEL ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LOS TRIBUNALES DE ALEMANIA, ITALIA, Y LA INDIA-	97
	Sirley Juliana Agudelo Ibáñez Y Eliceo Ordoñez Melo.....	97

1 ANÁLISIS DEL DESARROLLO DE LOS PROCESOS POR INTIMACIÓN O MONITORIOS EN COLOMBIA, URUGUAY Y ESPAÑA

DIANA ROSA JAIMES RIAÑO, ZULMA DEL PILAR LEAL ROJAS Y JAVIER LEONARDO VILLASMIL MUNAR

RESUMEN

El procedimiento o proceso monitorio se encuentra actualmente establecido en países como Uruguay, España y Colombia, sin embargo su regulación presenta características diferentes, es así como puede ser de tipo puro, o documental. Además, también se establece para temas diferentes al cobro de deudas dinerarias, como es el caso de Uruguay. Asimismo, los requisitos para que este proceda, y su trámite se llevan a cabo manera diferente de acuerdo a la legislación de cada país; es decir, que en los distintos ordenamientos jurídicos este proceso ha sido adaptado de acuerdo a las necesidades.

Palabras clave: Monitorio, proceso, procedimiento, Código General del Proceso, Ley de Enjuiciamiento Civil.

ABSTRACT

The payment procedure or process is now established in countries such as Uruguay, Spain and Colombia, however its regulation has different characteristics, so as to be pure type, or documentary. Moreover, it also provides for the collection of various money claims issues, as is the case of Uruguay. Similarly, the requirements for this appropriate, and its procedure is performed differently according to the laws of each country; ie in different legal systems this process has been adapted according to the needs.

Keywords: Admonitory, process, procedure, General Code of Procedure, Code of Civil Procedure.

Introducción

El origen del proceso monitorio, según apuntan la mayoría de las investigaciones efectuadas hasta el momento presente, ha de situarse a lo

largo del S. XIII en la Italia comunal, en los procedimientos sencillos y rápidos conocidos como *cognitio sumaria* (carácter sumario), utilizados especialmente por comerciantes, por ser más idóneos, rápidos y abreviados que el *solemnis ordo iudiciarius* (proceso civil ordinario). Entre ellos, el *praeceptum o mandatum de solvendo cum clausula iustificativa* (crear rápidamente un título ejecutivo), fue el procedimiento que, con el tiempo, vino a denominarse procedimiento monitorio¹. Sus notas características eran que se iniciaba con una orden, dada por el juez, de pagar o hacer alguna cosa (*de solvendo vel tradendo*) antes de conocer la causa (*ante causa cognitionem*). A partir de ahí, el procedimiento podía llegar a dos resultados opuestos: o el deudor no comparecía y entonces el mandato se confirmaba pasando a cosa juzgada, o bien comparecía el deudor y cesaba el procedimiento especial y se seguían los trámites del juicio ordinario. A su vez, la *cognitio sumaria*, procedente del Derecho

Estatutario de los comerciantes de las ciudades italianas del S. XIII, era más idónea, rápida y abreviada que el procedimiento ordinario. Es importante señalar, como antecedente de esta simplificación procesal, los procedimientos sumarios del Derecho canónico del S. XII y su ordenación posterior en la bula clementina “*Saepe contingit*” de Clemente V (1.306) y distingue los sumarios “determinados” (cognición incompleta o reducida por parte del juez) y los sumarios “indeterminados”, o plenarios rápidos, que se diferencian del ordinario solo por la forma, mientras que con los sumarios determinados la diferencia es de contenido. (Chiovenda, 1949).

Este proceso ha tenido un amplio desarrollo en Europa, y actualmente se aplica en países como España (2000), Austria (1895), Francia (1937), Portugal, Alemania, Francia, entre otros. Así mismo, a nivel latinoamericano, ha sido muy exitoso Uruguay, Brasil, Honduras, Guatemala, Perú, Venezuela, Costa Rica, Argentina, Chile, llegando finalmente a Colombia con la expedición de la Ley 1542 del 12 de Julio de 2012 - Código

¹ Monitorius (latin) «advertir» «hacer una advertencia». La advertencia tenía esta fórmula: *si senseris reus te gravatum, compareas coram nobis complementum iustitiae recepturus*.

General del Proceso.

A pesar de estar consagrado en los ordenamientos jurídicos de países como Uruguay, España y Colombia, el proceso monitorio ha sido adoptado de acuerdo a las necesidades de cada caso particular en los diversos países, por lo cual este proceso presenta características diferentes en cada una de las legislaciones, las cuales conviene examinar comparativamente con lo establecido Código General del Proceso de Uruguay, (Ley N° 15.982 del 18 de Octubre de 1988); la Ley de Enjuiciamiento Civil de España (Ley 1 de 2000); y el Código General del Proceso de Colombia (Ley 1564 de 2012).

ANÁLISIS DEL DESARROLLO DE LOS PROCESOS POR INTIMACIÓN O MONITORIOS EN COLOMBIA, URUGUAY Y ESPAÑA

Con el fin de lograr una mejor comprensión de la temática resulta necesario presentar una breve definición del significado de proceso monitorio, con

base en lo expresado por algunos tratadistas al respecto.

Cristofolini (1939), dice con respecto al proceso monitorio, que es el procedimiento a través del cual, concurriendo las condiciones requeridas por la ley, el juez emite una resolución sobre el fondo (normalmente idónea a provocar la ejecución forzosa), a petición de una de las partes, sin el previo contradictorio de la parte frente a la cual la resolución ha sido emitida.

Para Piero Calamandrei (1946), es el procedimiento, tendente a proveer un título ejecutivo rápido y poco dispendioso; el mismo no sirve para hacer valer contra el deudor un título ejecutivo ya existente, pero sirve para crear un modo rápido y económico, contra el deudor, un título ejecutivo que no existe todavía; por consiguiente, es un procedimiento de cognición, no de ejecución.

Correa Delcasso (1998), con referencia al proceso monitorio, dice que: es un proceso especial plenario rápido que tiende, mediante la inversión de la

iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley.

Para Vécovi (1999) el proceso monitorio es aquel, en el cual se invierte el orden del contradictorio, pues el juez, oído el actor, dicta ya la sentencia (acogiendo su demanda), y solo después oye al demandado, abriéndose entonces, no antes, el contradictorio (si el reo se resiste) y luego del procedimiento el juez mantiene su primera sentencia o no (proceso de desalojo, ejecutivo, entrega de la cosa y de la herencia).

Gómez Colomer (2000) puntualiza que: el proceso monitorio es un instrumento, cuya idea esencial es crear rápidamente un título ejecutivo sin necesidad de proceso ordinario previo, con la sola base de que la parte interesada presente ante el tribunal un documento con el que fundadamente pueda acreditarse una deuda dineraria vencida, líquida y exigible.

Loutayf Ranea (2004), indica que el proceso monitorio es: aquel en el cual

el tribunal, *inaudita parte* y con la sola presentación de la demanda, dicta resolución favorable al actor mediante la cual ordena al demandado el cumplimiento de una prestación. Pero se condiciona la ejecutividad de dicha sentencia a la actitud que adopte el demandado; y si el mismo no formula oposición alguna, queda habilitada la vía de la ejecución forzada. Si bien el actor tiene la iniciativa de la demanda, al demandado se le traslada la iniciativa del contradictorio, quien puede formular oposición, o no hacerlo, supuesto este último en que la sentencia producirá todos sus efectos contra el mismo.

Gimeno Sendra (2005), por su parte lo define como: un procedimiento para obtener un requerimiento judicial para el pago rápido de una deuda acreditada por documentos con determinada virtualidad probatoria y que, en función de la conducta del deudor, puede abocar en pago en un proceso de ejecución o declarativo ordinario en función de la cuantía, dependiendo de si el deudor no se opone o se opone, respectivamente.

Pérez Ragone (2006), define el proceso monitorio así: descriptivamente esta forma consiste en una intimación judicial de pago (intimación o advertencia) a petición del solicitante, requirente o actor. La intimación la emite el órgano jurisdiccional sin oír al requerido o demandado. Dependiendo de los distintos ordenamientos se exige o no una acreditación del crédito que se hace valer (ello es normalmente sin que el órgano jurisdiccional conozca sobre el mérito y la fundabilidad de la pretensión). Existiendo oposición es entonces cuando se habilita una etapa probatoria y de conocimiento pleno de mérito. El núcleo del proceso monitorio y su éxito dependen de la técnica del *secundum eventum contradictionis*. Ello es el silencio del requerido es tomado ya como confesión, ya como allanamiento y/o reconocimiento tácito de la pretensión del solicitante/actor.

Garberí Llobregat (2008), por su parte indica que el proceso monitorio, es: un proceso jurisdiccional carente de fase declarativa, destinado a tutelar aquellos derechos de crédito de índole pecuniaria y de mediana cuantía que se encuentren

debidamente documentados, y cuya esencial finalidad radica en obtener, en el menor tiempo, con el menor costo posible y sin más garantías que la derivada de la propia intervención judicial, un título que permita abrir el procedimiento de ejecución forzosa del derecho de crédito impagado, o en el mejor de los casos, el propio pago de dicho crédito a cargo del deudor.

En Colombia, el Abogado y Profesor de Derecho Carlos Alberto Colmenares Uribe (2011), ha expresado que el proceso monitorio es: un trámite procesal sencillo a través del cual se facilita la constitución o el perfeccionamiento del título ejecutivo sin necesidad de agotar el trámite del proceso declarativo, siempre que el deudor no plantee oposición. Procede para quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible y que sea de mínima cuantía.

De acuerdo a todos los conceptos anteriores, se define el proceso monitorio, como un instrumento a través del cual se puede obtener por parte de un juez, un

título ejecutivo con el que hacer efectivo el cobro de una deuda con la novedad de que puede emitirse sin necesidad de juicio previo.

1.1. Desarrollo jurídico del proceso monitorio en Uruguay, España, y Colombia

El Proceso Monitorio es de larga tradición en la República de Uruguay, regulado así en el antiguo ordenamiento Procesal Civil de dicho país. Pero actualmente se encuentra establecido en el Código General del Proceso, (Artículos 351 y 352, 354 y 363 a 370), el cual también se conoce como la Ley N° 15.982 del 18 de Octubre de 1988 vigente a partir del 20 de Noviembre de 1989.

El procedimiento monitorio en el Código General del Proceso Uruguayo, se encuentra en el Capítulo IV (Proceso de Estructura Monitoria), Sección I, II y III, así: Disposiciones Generales Artículo 351 (Aplicación), Artículo 352 (Presupuestos), Artículo 354 (Procedimiento monitorio), y Artículos 363 al 370 (otros procedimientos

monitorios).

Por su parte en España, el procedimiento monitorio se introdujo en el ordenamiento procesal español en 1999 con ocasión de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal que facilitó a las comunidades la reclamación de las deudas por gastos generales en que hubiera incurrido un propietario. Sin embargo, este procedimiento fue generalizado en el año 2000, con la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC 1/2000), consagrando este procedimiento para la reclamación de cualquier otra deuda que, siendo dineraria, vencida, líquida y exigible, no excediera de 30 000 euros. Este tope fue aumentado en 2009 por la Ley de Implantación de la Nueva Oficina Judicial (Ley 13/2009) hasta 250 000 euros; y en marzo de 2011, este fue modificado por la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía; y en octubre del mismo año se expidió la Ley 37/2011, con la cual se suprimió el límite dinerario para equiparar este procedimiento al aprobado

por la Unión Europea.

En España el proceso monitorio se encuentra contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1 del 07 de Enero de 2000), Título III: de los procesos monitorio y cambiario, Capítulo I: Del Proceso Monitorio, Artículos 812 (casos en los que procede el proceso monitorio), 813 (competencia), 814 (petición inicial del procedimiento monitorio), 815 (admisión de la petición y requerimiento de pago), 816 (incomparecencia del deudor requerido y despacho de la ejecución. Intereses), 817 (pago del deudor), y, 818 (oposición del deudor).

Por su parte en Colombia, desde el año 1905, se encuentra regulado el procedimiento monitorio, a través de la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, para el caso específico del lanzamiento por ocupación de hecho; sin embargo este fue generalizado en el año 2012, con la expedición del Código General del Proceso (Ley 1564), el cual en su Libro Tercero, Sección Primera, Título Tercero “Procesos Declarativos Especiales”, establece lo relacionado con el proceso

monitorio, en sus Artículos 419 (procedencia), 420 (contenido de la demanda); y 421 (trámite).

Cuadro 1: Desarrollo jurídico del proceso monitorio en Uruguay, España y Colombia

URUGUAY	ESPAÑA
Código General del Proceso (Ley 15.982 de 1988), Capítulo IV: Procesos de estructura monitoria, Sección I: Disposiciones generales. Artículos 351 y 352, 354 y 363 a 370	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1 de 2000) española de 2000, Título III: “De los procesos monitorio y cambiario”, Capítulo I: “Del Proceso Monitorio”, Artículos 812 al 818.
Ley 19.090 de 2013. Modificaciones al Código General del Proceso.	Ley 13/2009: de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.
	Ley 4/2011: Para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.
	Ley 37/2011: Medidas de agilización judicial.

Fuente: Ley 15.982 de 1988 (Uruguay), Ley 1564 de 2012 (Colombia) y Leyes 1 de 2000, 13 de 2009, 4 de 2011 y 37 de

2011 (España)

1.2. Tipo de procesos monitorios que han acogido Uruguay, España y Colombia

Existen dos modalidades esenciales, que el Procedimiento Monitorio registra en el derecho comparado y asimismo en su evolución histórica, a saber, el Monitorio Puro y el Monitorio Documentado.

El primero de ellos, denominado monitorio “puro”, tiene la particularidad de promoverse con la sola iniciativa del acreedor. En efecto, el mismo y en su calidad de actor, se presenta ante el órgano judicial, y sea en forma escrita o bien oral (según la forma que se adopte de acuerdo al sistema vigente) promueve demanda monitoria en base a su sola afirmación y desprovisto de toda prueba documental, vale decir, solo basta para iniciar el procedimiento monitorio puro, el simple requerimiento desprovisto de toda probanza que le respalde.

El proceso monitorio puro o forma monitoria pura se caracteriza

especialmente porque el demandante no tiene necesidad de acompañar con la demanda prueba siquiera sumaria para sustentar y probar la pretensión de pago que invoca ante el juez.

En el segundo, el denominado monitorio “documentado” y como bien lo dice su definición, la demanda monitoria va acompañada de prueba documental (en la especie se reviste de un instrumento el cual acompaña la demanda con su interposición), por lo cual no basta aquí la sola afirmación del acreedor, sino que en este caso la demanda debe interponerse respaldada por el instrumento donde se asienta el crédito base de la acción que pretende la obtención del título ejecutorio.

El proceso monitorio documental se caracteriza porque el accionante debe acompañar con su demanda, el documento que pruebe la existencia de la obligación, constituyendo este un elemento necesario e imprescindible para formular la pretensión, pues el juez solo emitirá la orden de pago si los hechos alegados por el demandante son probados.

El proceso monitorio tiene la misma estructura cualquiera que sea la forma que se implemente, sea esta documental o pura. Es decir, ostentan en términos generales el mismo procedimiento.

En cuanto al sistema monitorio, se encuentra que tanto en Uruguay (art. 352.1), como en España (art. 812), el tipo de proceso monitorio que opera es el documental; es decir que se deben aportar pruebas, no basta con la descripción de la pretensión con relación a la prestación requerida; mientras que en Colombia, el procedimiento monitorio es puro, es decir, no requiere los documentos que exige al ejecutivo.

1.3. Similitudes y diferencias que se presentan en cuanto a los requisitos exigidos y el trámite establecido en los procesos monitorios de Uruguay, España y Colombia

En Uruguay, el proceso monitorio, se encuentra regulado en el Código

General del Proceso, la característica distintiva de este proceso frente a los demás procesos civiles uruguayos, es que de forma inmediata a la demanda el tribunal falla acogiendo o rechazando la pretensión, sin dar a la contraparte la posibilidad de ser previamente escuchada y de agregar pruebas. Es por tal motivo que tiene un especial peso, el tema de la demanda y del título que debe presentarse para promover esta clase de procesos.

Para que proceda un proceso ejecutivo, es necesario que se promueva en virtud de alguno de los siguientes títulos (Artículo 353 del Código General del Proceso), siempre que de ellos surja la obligación de pagar cantidad líquida y exigible:

- Transacción no aprobada judicialmente.

- Instrumentos públicos.

- Instrumentos privados suscriptos por el obligado o por su representante, reconocidos o dados por reconocidos ante el tribunal competente de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 173 y 309,

numeral 4º, o firmados o con su firma ratificada ante escribano público que certifique la autenticidad de las mismas.

- Cheque bancario letras de cambio, vales, pagarés y conformes, según lo dispuesto en las leyes respectivas.

- Las facturas de venta de mercaderías suscriptas por el obligado o su representante, reconocidas o dadas por reconocidas conforme a lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 353 del Código General del Proceso uruguayo.

- Y, en general, cuando un texto expreso de la ley le confiera al acreedor el derecho de promover juicio ejecutivo.

En Uruguay el procedimiento monitorio, se reserva para ciertas pretensiones dotadas de una fuerte presunción de fundabilidad. Estos se caracterizan por su estructura abreviada y por el hecho de que la sentencia de fondo se dicta sin escuchar al demandado.

La primera etapa del proceso es la de admisión la cual inicia con la

presentación de una petición y la documentación con la que se funda (título ejecutivo), la cual debe acreditar la existencia de una deuda. La autoridad que debe conocer el caso, examina el documento que se le presenta y de resultar procedente dicta lo que se puede denominar, como la sentencia monitoria

La segunda etapa es la del requerimiento al presunto deudor, la cual se efectúa a través de la notificación al deudor de la sentencia monitoria, la cual puede generar alguno de los siguientes tres supuestos: que se atienda el requerimiento pagando la suma correspondiente, no se atienda el requerimiento sin presentar oposición en tiempo, o que se formule oposición.

En España, quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, cuando la deuda se acredite de alguna de las formas contenidas en el Artículo 812 de la Ley 1 de 2000, podrá acudir al proceso monitorio.

En cuanto a los requisitos del proceso monitorio en España, que establece la Ley 1 de 2000, se encuentra

que este se materializa en el hecho de no tener que presentar una demanda, sino una mera “petición monitoria” por parte del acreedor (art. 814 LEC), en la que tan sólo se exige los siguientes requisitos:

1. Identificar la persona y domicilio del acreedor y del deudor.

2. Precisar el origen y la cuantía de la deuda, acompañándose, como es obvio, el documento que justifica la reclamación judicial.

Esta petición monitoria puede presentarse en impresos o formularios ya preestablecidos, muchos de los cuales se encuentran a disposición de los ciudadanos en las oficinas de los decanatos judiciales (un modelo de formulario también se encuentra en la página web del Ministerio de Justicia).

No existe necesidad de asistirse de abogado.

En la petición debe acreditarse que la persona que la fórmula es la que aparentemente figura como titular del crédito reclamado.

Por su parte, en el caso del trámite que se sigue al proceso monitorio en España, establece que presentada la petición inicial, junto con los documentos establecidos para este tipo de procedimiento, el Juzgado, estima sí que concurren los requisitos legales, y acordará requerir de pago a la persona deudora para que, en el plazo de veinte días, pague o comparezca ante aquél y alegue, en escrito de oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada.

No obstante, si de la documentación aportada con la petición el Juzgado entiende que la cantidad que reclama no es correcta, puede plantearle que, en un plazo no superior a diez días, acepte o rechace que se requiera al deudor por un importe inferior al inicialmente solicitado que le especificará. En caso de aceptar, podrá solicitar a la Agencia Tributaria la rectificación de la autoliquidación presentada en concepto de tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, en su caso, que se le devuelva la parte de la cuota tributaria

pagada en exceso, de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de las devoluciones de ingresos indebidos de naturaleza tributaria. Si no envía ninguna respuesta o la misma es de rechazo a que el requerimiento al deudor se haga por importe inferior al reclamado en su petición, se le tendrá por desistido, archivándose el procedimiento.

Asimismo, si el requerimiento de pago al deudor resulta infructuoso en el/los domicilio/s, residencia o lugar donde pudiera ser hallado que haya indicado en su petición o en otros en que se haya podido intentar tras realizar el Juzgado las correspondientes averiguaciones sobre su domicilio o residencia, o cuando resulte que el mismo es localizado en otro partido judicial, el Juzgado dictará una resolución dando por terminado el proceso, pudiendo en ese caso presentar una nueva solicitud ante el Juzgado competente.

Una vez practicado el requerimiento, dentro del plazo de veinte días, puede ocurrir: 1) Que el deudor pague, por lo que finalizará el procedimiento de modo favorable; o que

la persona deudora abone la deuda, debiendo acreditarlo ante el Juzgado, en cuyo caso se acordará el archivo de las actuaciones, entregándole a la persona peticionaria el importe de la deuda si se hubiese consignado en la Cuenta del Juzgado; 2) Que la persona deudora no pague ni comparezca dando razones por escrito para no pagar. En este supuesto el/la Secretario/a Judicial dictará un decreto que finaliza el proceso monitorio y del que se da traslado a la persona acreedora para que solicite el despacho de la ejecución para el pago de la deuda y de sus intereses, bastando para ello la mera solicitud. 3) Que la persona deudora no actúe, es decir, no pague, ni se oponga. En este caso hay que distinguir, a su vez, dos posibilidades: 1. Si la deuda reclamada no supera los 6.000 euros, se les citará para un Juicio Verbal, al que deberá acudir con las pruebas que estimen oportunas. Tanto para el escrito de oposición de la persona deudora como para la asistencia a este juicio será obligatorio contar con abogado y procurador, siempre que la reclamación exceda de 2.000 euros o verse sobre rentas o cantidades debidas por el arrendamiento de finca urbana. 2. Si la

cantidad reclamada excede de 6.000 euros, el/la Secretario/a Judicial le dará el plazo de un mes para que, si lo desea, presente una demanda de Juicio Ordinario en reclamación de la deuda. También en este supuesto es obligatorio estar asistido de abogado/a y procurador/a. En este supuesto se descontará de la tasa que tenga que abonar parainterponer la demanda de Juicio Ordinario la cantidad ya abonada en el Proceso Monitorio. Si no presenta la demanda, se dará fin a las actuaciones y deberá afrontarlas costas ocasionadas a la persona deudora (honorarios de abogado/a y procurador/a, etc.).

Una vez despachada la ejecución, solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender posteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere.

En Colombia, quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio con sujeción

a las disposiciones consagradas en la Ley 1564 de 2012.

El proceso monitorio se promoverá por medio de demanda que contendrá (art. 420 CGP):

1. La designación del juez a quien se dirige.
2. El nombre y domicilio del demandante y del demandado y, en su caso, de sus representantes y apoderados.
3. La pretensión de pago expresada con precisión y claridad.
4. Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados, con la información sobre el origen contractual de la deuda, su monto exacto y sus componentes.
5. La manifestación clara y precisa de que el pago de la suma adeudada no depende del cumplimiento de una contraprestación a cargo del acreedor.
6. Las pruebas que se pretenda

hacer valer, incluidas las solicitadas para el evento de que el demandado se oponga. El demandante deberá aportar con la demanda los documentos de la obligación contractual adeudada que se encuentren en su poder. Cuando no los tenga, deberá señalar dónde están o manifestar bajo juramento que se entiende prestado con la presentación de la demanda, que no existen soportes documentales.

7. El lugar y las direcciones físicas y electrónicas donde el demandado recibirá notificaciones.

8. Los anexos pertinentes previstos en la parte general de este código.

Esos requisitos legales que establece el Art. 420 del CGP, y sólo esos, son los requisitos de forma. Eventualmente, el Juez podrá referirse a los requisitos de fondo del Art. 419 y abstenerse de librar requerimiento aun si cumple con las formalidades exigidas.

El trámite a seguir en el proceso monitorio colombiano, una vez admitida la demanda, es el que el Juez libre

requerimiento al demandado para que pague, o niegue, la deuda reclamada. Esto lo debe hacer en un plazo de 10 días.

Luego de admitida la demanda y notificado el requerimiento de pago, la parte demandada podrá tomar diferentes determinaciones.

1) Podrá realizar el pago total de la deuda dentro del término establecido, esto es 10 días, caso en el cual el proceso termina como consecuencia del reconocimiento de la obligación materializada en el pago. Ahora si el deudor paga parcialmente, debido a que se encuentra inconforme con el valor total reclamado, pues considera que la verdadera deuda corresponde al valor que ha cancelado, el demandado podrá fundamentar su inconformidad para que se dé inicio a la controversia en un proceso declarativo verbal sumario donde se decidirá sobre el valor de la deuda que no fue paga.

2) Silencio del demandado, es decir que este no manifiesta nada respecto de los hechos, las pretensiones, las pruebas y las normas jurídicas propuestas en la demanda, en este caso el juez no

tienen otra salida que dictar sentencia condenatoria en contra del deudor declarando así la existencia de la obligación, creando el título ejecutivo que servirá de base para la ejecución del deudor.

3) En tercer lugar el demandado podrá allanarse a la pretensión de pago de la demanda, es decir está de acuerdo con la situación fáctica descrita y los fundamentos establecidos por el demandante, ahora cuando ocurra esta situación, el juez procederá de inmediato a proferir sentencia de conformidad con lo pretendido por el demandante.

4) Por último el demandante podrá fundadamente oponerse total o parcialmente al requerimiento de pago aportando la prueba que fundamente su oposición, en este caso termina la naturaleza monitoria y la oposición deberá ser resuelta por el trámite del proceso declarativo verbal sumario.

Una vez se produzca la sentencia, el juzgado iniciará inmediatamente el proceso ejecutivo contra el demandado. Es decir, no será necesario radicar otra

demanda, sino que se seguirá el proceso ejecutivo dentro de esta misma demanda monitoria pero en cuaderno separado.

CONCLUSIONES

Se cumplió con el Objetivo General al comparar el desarrollo del proceso monitorio en países como Colombia con la incorporación de este modelo a la legislación civil nacional con la contribución del Instituto Colombiano de derecho procesal en países como Uruguay introducido, a través del Código

General del Proceso, (Ley N° 15.982 del 18 de Octubre de 1988); en España, mediante la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1 de 2000); y en Colombia, con el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012); y se caracteriza en los tres ordenamientos señalados por ser un proceso rápido, sencillo y económico, para la reclamación de deudas de carácter dinerario.

Hoy día en nuestra legislación la obtención de un título ejecutivo se hace a través: 1. Interrogatorio de parte obteniendo la confesión conforme al artículo 488 del C.P.C., y, si esta no se obtenía el acreedor no podía iniciar una acción ejecutiva posterior. 2. La Conciliación que presta merito ejecutivo y 3. Iniciar un proceso declarativo y ordinario.

Es importante resaltar que el proceso monitorio es un procedimiento especial, porque se dispone de una fuente procedimental distinta diferente a la del resto de procesos en razón del objeto del juicio, y de los requisitos esenciales que tiene todo proceso monitorio, como son la rápida creación de un título ejecutiva, su

naturaleza declarativa, y, la inversión del contradictorio.

En cuanto a la utilidad, el procedimiento monitorio, constituye una de las mejores herramientas para descongestionar las administraciones de justicia tanto en el ámbito procesal, como orgánico, especialmente en Colombia, en donde a diferencia de Uruguay y España donde el procedimiento monitorio es documental; este es de tipo puro, y tiene un solo fin que es crear un título ejecutivo o perfeccionarlo.

En los Objetivos Específicos se desarrolló Los requisitos y el trámite del proceso monitorio en Uruguay, están contenidos en el Código General del Proceso (Ley 15.982 de 1988), Capítulo IV: Procesos de estructura monitoria, Sección I: Disposiciones generales. Artículos 351 y 352, 354 y 363 a 370; en España se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1 de 2000) española de 2000, Título III: “De los procesos monitorio y cambiario”, Capítulo I: “Del Proceso Monitorio”, Artículos 812 al 818; y finalmente en Colombia fueron incluidos en el Código

General del Proceso (Ley 1564 de 2012), Libro Tercero, Sección Primera, Título Tercero “Procesos Declarativos Especiales” Artículos 419, 420 y 42.

A pesar de estar consagrado en los ordenamientos jurídicos de países como Uruguay, España y Colombia, el proceso monitorio ha sido adoptado de acuerdo a las necesidades de cada caso particular en los diversos países, por lo cual este proceso presenta características, así mismo los requisitos y el trámite son establecidos de acuerdo a la legislación de cada país, en nuestro caso tenemos gran expectativa por su entrada en vigencia ya proceso “intermedio” y Juan Pablo Correa Delcaso en su obra “el proceso monitorio”, lo define *como un proceso rápido que tiende a la rápida creación de un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada*”. Para su estudio en nuestra legislación se tomaron los principios básicos de estructura monitoria como son: -principio de publicidad – principio de contradicción,- principio de igualdad de las partes, - principio de economía procesal,- principio de lealtad y probidad que es la buena fe de los sujetos procesales.

que una vez inicie su aplicación veremos los resultados y se podrá hacer una comparación más crítica frente a los países con más trayectoria y de los cuales podemos aprender para un mayor beneficio en nuestra legislación.

En Colombia se ha desarrollado un importante debate sobre el proceso monitorio estudiando los diferentes autores que han determinado su concepto, naturaleza, características y comparación cultural como Piero Calamandrei en su obra “el proceso Monitorio” quien lo señala como un

Es importante hacer un referente frente a los resultados estadísticos de como en España desde la entrada en vigencia del Proceso monitorio para el cobro de deudas comunitarias desde 1999, la morosidad total de las comunidades de propietarios disminuyo en un año a un 70% (estadística del consejo general del poder judicial y que además el 90% de las deudas que se reclaman con este proceso no son objeto de contestación realizándose un procedimiento con características: -rápido

y eficaz para obtener un título ejecutivo – invertir el contradictorio, - especial – regulado por la ley. Con el desarrollo y entrada en vigencia en su totalidad del Código General del Proceso que nos introduce a un sistema Oral con un Juez

director del proceso y garante de la ley se espera un Estado con una justicia eficaz en la que las personas sientan estas mejorías y cambios entendidas en el logro de una mejor convivencia sana y pacífica.

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ámbito Jurídico. (2012). El proceso monitorio, ¿proceso o procedimiento? Legis S.A.

Correa Delcaso, Juan Pablo. (1998). El proceso monitorio. J.M. Bosch Editor, Barcelona.

Calamandrei, Piero. (2002). El Procedimiento Monitorio (S. S. Melendo, Trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa.

Colmenares Uribe, Carlos. (2011). El proceso de la estructura monitoria, Universidad Libre, Primera Edición, Colombia.

Calamandrei, Piero. (1946). El Procedimiento Monitorio. Traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Edit. Bibliográfica Argentina.

Cristofolini, Giovanni. (1939). Processo d' Ingiunzione. Padova - Italia, Ed. Cedam.

Correa Delcaso, Juan Pablo. (1998). El Proceso Monitorio. Ed. 3. M. Bosch.

Garberí Llobregat, José. (2008). El Proceso Monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Barcelona, Editorial Bosch S.A.

Correa Delcaso, Juan Pablo. (2008). El proceso monitorio europeo,

Garberí Llobregat, José. (2010). El reformado proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil,

- Editorial Bosch, S.A., Segunda Edición, España. 2006.
- Gimeno Sendra, Vicente. (2005). Derecho procesal civil. Madrid, Colex.
- Gómez Colomer, Juan Luis. El Proceso Monitorio, en el Nuevo Proceso Civil (Ley 1/2000). Ed. Tirant lo blanch. Valencia, España.
- Loutayf Ranea, Roberto G. (2004). El proceso monitorio, Editorial Astrea.
- Nieva-Fenoll, Jordi; Rivera Morales, Rodrigo; Colmenares Uribe, Carlos A.; Correa Delcasso, Juan Pablo. (2013). El procedimiento monitorio en América Latina. Editorial: Temis.
- Pérez Ragone, Álvaro J. (2006). En torno al procedimiento monitorio desde el derecho procesal comparado europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales, Chile. Revista de Derecho, Vol. XIX N°1, julio
- Ponz, Manuel Alberto. (1978). El Proceso Monitorio. Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XIX, n° 40. 1978
- Skedel, Arthur. (1891). Das Mahnverfahren. Leipzig.
- Tomás y Valiente. (1960). Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio. Revista de Derecho Procesal.
- Véscovi, Enrique. (1999). Teoría General del Proceso. Santa Fe de Bogotá - Colombia, Temis.
- LEGISLACIÓN COLOMBIANA**
- Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.
- Decreto Nacional 1736 de 2012. Por el que se corrigen unos yerros en la Ley 1564 del 12 de julio de 2012.

Ley 57 de 1905. Sobre reformas judiciales.

Decreto 992 de 1930. Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 57 de 1905 y se deroga el Decreto 515 de 1923

Ley 19.090 de 2013. Modificaciones al Código General del Proceso.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Ley 1 de 2000. Enjuiciamiento Civil.

Ley 13 de 2009. Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Ley 4 de 2011. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.

Ley 37 de 2011. Medidas de agilización procesal

LEGISLACIÓN URUGUAYA

Ley 15.982 de 1988. Código General del Proceso Uruguayo.

**2 DESARROLLO
 JURISPRUDENCIAL Y
 PROBATORIO DEL
 CONTRATO REALIDAD EN
 LOS JUZGADOS LABORALES
 DE CUCUTA-AÑO 2013**

GUSTAVO ARAQUE MÁRQUEZ Y
 MARIO ENRIQUE CÁCERES
 QUINTERO

RESUMEN

En Colombia y en particular en la ciudad de Cúcuta, el fenómeno de la tercerización laboral ha crecido en los últimos cinco (5) años. Desde la creación de la ley 79 de 1998, ya se estaba dando los primeros pasos para la instauración de nuevos modelos de intermediación laboral, en los que el empleador podría recurrir a una cooperativa para contratar servicios y trabajadores especializados, y de esta manera evitar hacer un contrato laboral directo que supeditaría al empleador al pago de prestaciones sociales que por ley le corresponde. En la actualidad, la Ley ha reglamentado el pésimo manejo que las cooperativas estaban ejerciendo en las relaciones entre empleador y trabajador, sin embargo el problema aún no ha terminado, pues al

día de hoy existen diversas maneras de contratación como las denominadas OPS, que en la mayoría de los casos no cumplen con las características para la cual fueron diseñadas por la ley colombiana, y por el contrario someten al trabajador a las condiciones de un contrato laboral ordinario. En consecuencia muchos trabajadores se han visto abocados a demandar la existencia del contrato realidad, pues si bien es cierto ingresan trabajando bajo el amparo contractual de una cooperativa o de una OPS, terminan ejerciendo labores propias de un contrato laboral ordinario, desvirtuando la legitimidad de su contrato inicial y violando sus derechos fundamentales como trabajador.

Palabras Clave: *Cooperativismo, Intermediación laboral, contrato de trabajo, OPS, legitimidad, empleador, trabajador.*

ABSTRACT

In Colombia, particularly in the city of Cúcuta, the phenomenon of labor outsourcing has grown in the last five (5) years. Since the inception of the Act 79 of 1998, as he was taking the first steps for the introduction of new models of

intermediation, in which the employer may use a cooperative to contract services and skilled workers, and thus avoid making direct labor contract that would subordinate the employer to pay social benefits that by law corresponds. Currently, the law has regulated the bad management that cooperatives were exercising in the relationship between employer and employee, however the problem is not over yet, because today there are several ways of contracting known as OPS, which most cases do not meet the characteristics for which they were designed by Colombian law, and instead subjected the worker to the conditions of an ordinary employment contract. Consequently many workers have been pushed to demand the existence of the contract actually, because although admitted working under contract under a cooperative or an OPS end up putting themselves in an ordinary employment contract work, I distorting the legitimacy of their initial contract and violating his fundamental rights as a worker.

Keywords: Cooperatives, Labour mediation, employment contract, OPS,

legitimacy, employer, worker.

I. INTRODUCCION

El presente artículo de investigación evidenciara la manera en cómo se están manejando procesal y jurisprudencialmente los casos de tercerización y el denominado “Contrato realidad”. En la que muchos trabajadores terminan por manifestar que han sido vulnerados en sus derechos fundamentales, derechos sociales, reconocidos ampliamente por el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia en Cúcuta, el fenómeno de la tercerización ha conllevado a una serie de dificultades en el reconocimiento de la calidad y estabilidad del trabajador, y esto sucede porque muchos de ellos ingresan a trabajar bajo el modelo del cooperativismo o bajo la aquiescencia de una OPS. Sin embargo con el paso del tiempo la calidad del contrato inicial se ve alterado, pues el empleador en muchas ocasiones cambia las funciones y las obligaciones que tiene el trabajador en la empresa, convirtiendo a un trabajador vinculado por OPS o por intermedio de

una cooperativa, en un trabajador vinculado bajo la figura de un contrato laboral ordinario, por lo que termina asumiendo las características que establece el artículo 23 del código sustantivo del trabajo. Es decir que el trabajador termina realizando la actividad por sí mismo, recibe continua dependencia o subordinación hacia el empleador, y un salario como retribución a ese servicio.

En razón a lo anterior, el trabajador termina recibiendo una carga laboral diferente a la que inicialmente contrato, en vista a que la modalidad de su contrato vinculante fue modificada por el empleador, lo que ha ocasionado una gran cantidad de demandas en contras de estas Cooperativas puesto que han tergiversado la modalidad del contrato inicial, alterándolo y modificándolo de hecho.

Es por esto, que el fenómeno de la tercerización laboral, la creación de las OPS junto con la institucionalización del Cooperativismo, creo un nuevo paradigma en el sistema jurídico laboral colombiano, en cuanto a la relación entre empleador y trabajador. Pues justamente cuando se configura un contrato por intermedio de una cooperativa, se han

venido presentando falencias para poder establecer quién es el empleador, y si existe vínculo laboral entre el trabajador y el lugar donde presta los servicios. En consecuencia esta problemática no ha sido ajena al municipio de Cúcuta, y en el ejercicio de la profesión han surgido casos que develan problemas en algunos juzgados, a la hora de aplicar la jurisprudencia a estos procesos en particular. Pues muchas veces el trabajador no cuenta con los suficientes recursos probatorios o no recibe la suficiente atención procesal por parte del juez, viéndose afectado en sus derechos fundamentales en cuanto al debido proceso y a la dignidad como trabajador dentro de la relación de trabajo.

Es por estos motivos que muchos trabajadores que han estado vinculados por intermedio de OPS y de cooperativas de trabajo asociado, al momento de reclamar ante la justicia ordinaria la verdadera forma en cómo están ejerciendo sus labores y por ende sus prestaciones, se encuentran con dificultades para que la justicia adopte una posición favorable a sus intereses. Surgiendo la pregunta del porque se presenta esta problemática aun en estos

tiempos, cuando la jurisprudencia ha sido bastante precisa en distinguir, cuando existe un contrato de trabajo y cuando no se aplican las condiciones para la existencia del mismo.

I. METODO

El Artículo se inscribe dentro del enfoque cualitativo y en el campo de la investigación jurídica, por cuanto hace uso del análisis y la interpretación de las Normas Jurídicas, apoyado en la Doctrina y la Jurisprudencia que son fuente de Derecho. Para el logro del objetivo planteado se ha realizado una búsqueda de los aportes relacionados con la temática planteada, así como también se harán algunas entrevistas en algunos Juzgados Laborales de la ciudad de Cúcuta, que servirán de ayuda para dar respuesta clara al planteamiento de los hechos.

II. MARCO TEORICO

TERCERIZACION LABORAL E INTERMEDIACION LABORAL: NOCION EPISTEMOLOGICA

La figura de la tercerización laboral va apoyada bajo el concepto del “empleo encubierto”, así lo denomina Rivera

(2005), cuando dice que disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia diferente de la que en verdad tiene, con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley. Por lo tanto se hablaría de la manera en cómo se deforma la relación de trabajo, dándole otro nombre mediante una figura jurídica distinta, en la cual el trabajador gozara de menor protección, y explica que esto puede ocurrir cuando se encubre al verdadero empleador con otro, simple intermediario, para liberar al empleador de la responsabilidad que debe asumir frente al trabajador.

En cuanto a lo que se puede definir por tercerización laboral, se puede decir que: *“Se entiende por tercerización laboral la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la*

inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal. La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores”²

En cuanto a lo que se define por Intermediación Laboral se puede definir que: “Es la actividad organizada encaminada a poner en contacto a oferentes y demandantes de mano de obra dentro del mercado laboral para que mutuamente satisfagan sus necesidades, entendiéndose como oferentes de mano de obra las personas naturales que están disposición de ofrecer su fuerza de trabajo en un mercado laboral y, como demanda de la mano de obra, el reconocimiento de las diferentes unidades económicas para que sus vacante, sean ocupadas por personas calificadas para el desempeño de las mismas”³

En base a lo anterior se podría decir

² Tercerización e intermediación laboral- sitio web : <http://derechoempre2.obolog.es/tercerizacion-intermediacion-laboral-249039>

³ Tercerización e intermediación laboral- sitio web : <http://derechoempre2.obolog.es/tercerizacion-intermediacion-laboral-249039>

entonces, que la intermediación laboral, es aquella que tiene como finalidad la prestación de servicios por parte de una tercera empresa, por lo que se podría decir que existiría una trilogía de empresas, conformada por la empresa donde se prestan los servicios, el tercero, y los trabajadores mediante el cual se brinda el servicio de intermediación laboral.

Se podría decir entonces, que las empresas de Intermediación Laboral emplean a trabajadores y los colocan a disposición de una persona natural o jurídica, que se denomina usuaria para que supervise la ejecución de sus tareas y demás labores encomendadas, por su parte la tercerización se distingue ya que una persona jurídica ejecuta, con su propio personal, diferentes actividades complementarias al proceso productivo de la contratante.

Es importante tener en cuenta la diferencia que existe entre Intermediación Laboral y Tercerización, pues al diferenciarlas se permite examinar más de fondo las consecuencias jurídicas que tienen en la aplicación para los casos en concreto. No obstante para el avance del objeto de la investigación

las dos permitirán dar resultados en relación a los objetivos específicos y al desarrollo del objetivo general.

**REGULACION DE LA LEY
LABORAL COLOMBIANA
FRENTE A LA TERCERIZACION
Y LAS RELACIONES LABORALES
ENCUBIERTAS**

Para Rivera (2005), establece que los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo Del Trabajo reglamentan la forma en cómo se vinculan los trabajadores a través de un Contrato de Trabajo, por ende bajo esta modalidad un trabajador se obliga a prestar un servicio a otra persona natural o jurídica, bajo la continua dependencia o subordinación y mediante una remuneración. Por lo tanto, al existir la remuneración- dependencia y prestación personal del servicio, la modalidad del contrato no se puede ver alterada, así el empleador lo pretenda disponer de otra manera. Es justamente a este último punto, lo que se denomina el principio de la primacía de la realidad.

Por su parte el artículo 34 del C.S.T, subrogado por el artículo 3º del decreto ley 2351 de 1965, denomina al contratista independiente de la siguiente manera: “son contratistas independientes, y por lo tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos para realizarlos con sus propios medios y con libertad y con autonomía técnica y directiva. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades a las actividades de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores del contratista; solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que se repita contra él lo pagado a esos trabajadores”

Como puede observarse, en Derecho Laboral Colombiano, se señalan unos límites tradicionales entre la relación de

trabajo dependiente y la independiente del contratista autónomo, que puede encargarse de ejecutar obras o prestar servicios por su propia cuenta como el de limpieza, el transporte de personal, la vigilancia de instalaciones; o una parte de las labores propias del beneficiario, como labores de promoción y mercadeo de productos, o la contabilización de las operaciones de la empresa contratante, la asesoría independiente, etc., con excepción del suministro de mano de obra que está reservado exclusivamente para las empresas de servicios temporales. La responsabilidad solidaria del contratante o beneficiario de la obra o servicio, que no es empleador de los trabajadores del contratista, prevista en el artículo 3° del decreto 2351 de 1965 (artículo 34 CST) no le infiere a éste último la calidad de empleador, sino que debe entenderse como una garantía especial derivada de la naturaleza protectora del derecho del trabajo, en caso de insolvencia o incumplimiento de obligaciones patronales por parte del contratista (CSJ, Sala Laboral, sentencia 19 mayo, 1998, Rad. 10.584). En todo caso, y para no confundir ésta actividad, de aquella denominada trabajo en

régimen de subcontratación, no puede contratarse por disposición legal bajo ésta modalidad contractual independiente, el suministro de mano de obra de trabajadores en misión, objeto de éste análisis, por sujetarse ésta última actividad al cumplimiento de rigurosa reglamentación.

En ejercicio de la libertad de empresa, a mediados de la década de los sesenta apareció en Colombia una forma de trabajo por medio de la cual un empresario suministra en forma independiente trabajadores temporales a una empresa denominada usuaria, para que, sin perder la condición de verdadero empleador de dichos trabajadores, le presten servicios subordinados al usuario. Señala Rivera (2005).

La primera reglamentación establecida en el Decreto 1433 de 1983 señaló la condición de verdadero empleador o patrono de los trabajadores enviados a un usuario por la empresa contratista suministradora de mano de obra, a la cual se obligaba a estar constituida como persona jurídica, garantizar los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores enviados al usuario para la

prestación de un servicio; a no prestar dicho servicio a empresas en huelga de trabajadores, ni llevar a cabo actividades de intermediación de oferta y demanda de mano de obra.

Ese tripartismo laboral, donde un trabajador presta sus servicios personales a una empresa que formalmente no es su empleador o patrono, pero a quien debe acatar y cumplir las órdenes e instrucciones de trabajo, se aumentó de manera notoria en el país; quizá, como resultado de la rigidez de las Normas Laborales y la inflexibilidad del contrato de trabajo en sus diversas modalidades, en cuanto a forma y duración.

Para Riviera (2005), La Ley 50 de 1990 vino a ocuparse de éste tópico y llenó aquellos vacíos que habían sido detectados a lo largo de dos décadas de creciente utilización de ésta singular modalidad de trabajo. En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado al Congreso de la República por el Ministro de Trabajo de entonces Dr. Francisco Posada de la Peña, precisó que “(...) el proyecto tiende a regular las llamadas empresas de servicios temporales con el objeto de que esta

actividad tenga un marco legal adecuado y se protejan debidamente los derechos de los trabajadores. Se define lo que es el servicio temporal y se precisan los casos en que los usuarios de dichas empresas pueden contratar con éstas, insistiendo en que la temporalidad es de la esencia de tales contratos. Es importante destacar - agrega la exposición de motivos - que los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios deberán constar por escrito y en ellos quedará expresamente señalado que la empresa se sujetará a lo dispuesto por la ley para efectos del pago del salario, prestaciones sociales, horas extras, recargos diurnos y nocturnos, dominicales y festivos. Los contratos también deberán especificar la compañía aseguradora, el número de la póliza, vigencia y monto con la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones laborales de las empresas referidas de los trabajadores en misión. De la misma forma, los contratos tendrán que determinar la manera como se atenderán las obligaciones que en materia de salud ocupacional se tiene para con los trabajadores en misión”. Finalmente agregó la exposición de motivos que

“(…) las empresas de servicios temporales tendrán que obtener autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para poder operar y para ello será necesario cumplir con una serie de requisitos”.

ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LOS CONTRATOS REALIDAD EN COLOMBIA

El tema de los contratos realidad enmarca varios aspectos fundamentales en la aplicación del derecho Constitucional Colombiano, pues los principios y valores contenidos en la Constitución colombiana se enfocan en la libertad del individuo, de la protección y vigilancia que el estado debe garantizarle y los derechos que se otorgan a la población. En cuanto a los casos de la existencia de los denominados contratos realidad, la constitución establece en su artículo 53 igualdad de oportunidad para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. En este último

principio eminentemente exclusivo de la doctrina del derecho laboral, nos enfocaremos para establecer y comprender el origen de la jurisprudencia proferida por la corte constitucional, en su necesidad de interpretar la constitución política de Colombia y el artículo 53 de la misma.

1. SENTENCIA C- 154 DE 1997

La mayor parte de las confusiones que se prestan dentro de la ejecución de una labor, es en la modalidad en la que el trabajador es vinculado. Fue justamente eso lo dirimido mediante la Sentencia C- 154 de 1997 que demandaba la inexequibilidad del art. 32, numeral 3 de la Ley 80/93 (Estatuto de Administración Publica), donde se realizó una clara distinción entre lo que es un contrato de trabajo y un contrato de prestación de servicios, estableciendo claramente las diferencias entre una y otra forma de contratación.

Al respecto la Sentencia C- 154 del 97, nos habla que la contratación administrativa es una función reglada, lo que significa que debe someterse a estipulaciones legales. En otras palabras, no es independiente y autónoma esta

libertad que existe para contratar, sino que por el contrario se limita a los preceptos establecidos por el derecho público y se remite a los principios tales como la necesidad del servicio, y la selección objetiva y transparente del contratista que aspira a ser incluidos dentro de un cargo público, estas limitaciones hacen parte de la cláusula de Estado Social de Derecho contenido en la Constitución, pues fija límites dentro del procedimiento de contratación en lo referente a lo público.

En cuanto al contrato de prestación de servicios, la Sentencia C- 154 del 97 establece que dichos contratos se celebra por el estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando se requiere de conocimientos especializados, dentro del mismo sobresalen las siguientes características:

a) La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de las labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en una determinada materia, b) La independencia y autonomía del

contratista desde el punto de vista técnico y científico, lo cual constituye un elemento fundamental en este tipo de contratos, c) La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

DE LAS DIFERENCIAS ESTABLECIDAS POR LA SENTENCIA C-154 DE 1997 ENTRE CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS

Para la Sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes, pues para que el contrato de trabajo se configure se requiere de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. Por el contrario, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de

impartir ordenes en la ejecución de la labor contratada. Sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

Así las cosas, la Sentencia C-154 de 1997 es clara al establecer que el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del Contrato Laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones

sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente. Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del Contrato de Trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

En cuanto a lo referido por el Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, y en muchos casos que los denominados contratistas son en realidad convertidos en trabajadores, cumpliendo funciones propias de un contrato laboral ordinario, la sentencia C-154 de 1997 manifiesta que el Principio Constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder

una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

DECISIONES Y FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN ALGUNOS CASOS DONDE SE PRESENTA EL CONTRATO REALIDAD

Las dificultades de la Justicia

Colombiana al momento de avocar conocimiento en los casos donde una de las partes, solicita ante el Juez que se le reconozca la existencia de un contrato de trabajo, cuando el empleador pretende desconocer la verdadera forma en cómo se desarrolla las funciones del trabajador, han ocasionado vulneraciones a los derechos sociales y fundamentales de estos trabajadores, poniéndolos en condición de desigualdad frente a los derechos Constitucionales y los Tratados Internacionales que limitan las acciones arbitrarias que perjudiquen a los más desprotegidos de la relación laboral. Existen diferentes fallos en los que la Corte Constitucional, ha reconocido la existencia del contrato realidad cuando este no ha sido admitido por los Tribunales Superiores del Distrito Judicial. En estos casos, la Corte se ha encargado de seguir de acatar la línea Jurisprudencial que sobre estos casos se maneja.

Uno de estos ejemplos, radica sobre la Sentencia T- 556 de 2011. En esta sentencia el demandante aspira que mediante la interposición de una Acción de Tutela, la Corte Constitucional acceda a su pretensión de que se le reconozca la

existencia del contrato realidad, por cuanto se manifiesta que hubo una vulneración del fallo del Tribunal por cuanto no condeno al Municipio al pago por la existencia de un Contrato Laboral. En la Sentencia T-556 de 2011, la Corte manifiesta que el Tribunal demandado estaba en la obligación de declarar que existía un contrato realidad, si advertía que estaban dados los elementos esenciales indispensables de todo contrato realidad. Estos elementos, según lo ha entendido la legislación y la jurisprudencia colombiana, son tres: La prestación personal del servicio, la continuada subordinación o dependencia y la remuneración periódica. En este caso, el fallo demandado había afectado el Derecho Fundamental del tutelante al Salario Mínimo Vital y Móvil (Art. 53. C.P), pues se abstuvo no solo de reconocer la realidad del vínculo formado entre el municipio y el accionante, sino también de condenar a aquel al pago de las prestaciones con carácter salarial a las que tiene derecho toda persona que le preste sus servicios a otra de manera personal y subordinada, y en vista que había una relación de prestación de servicios bajo

subordinación, su obligación Constitucional era en principio librar esa condena.

Esta Sentencia ratifica claramente los factores que debe tener en cuenta los jueces al momento de examinar de fondo, los controversias sobre la presunta existencia de un contrato realidad, pues en la práctica Judicial cotidiana en Colombia, y en particular en la ciudad de Cúcuta, no ha sido fácil para el trabajador probar la existencia de dicho contrato, debido a que muchas de las instituciones demandadas se han blindado para contrarrestar eventuales demandas Laborales.

En consecuencia, la Sentencia T-556 de 2011, habla sobre la relación laboral en cuanto al principio de primacía de la realidad sobre formalidades en Municipios donde se presenta relaciones laborales sin vinculación laboral, pues en el caso en particular la sala expresa que en muchas ocasiones el Estado se beneficia del trabajo personal y subordinado sin satisfacer las condiciones jurídicas, establecidas en la Constitución y la Ley, como indispensables para una vinculación laboral en forma. Sin embargo, según lo

manifiesta la jurisprudencia, esto no significa que no haya vínculo laboral. Pues aceptar que solo por la inobservancia de las formas jurídicas de la vinculación en regla, puede ser desvirtuado por completo el carácter laboral de una relación de prestación de servicios personales y subordinados, es concederle primacía a la forma sobre la realidad, y eso es tanto como desconocer la Constitución. Porque esta última ordena justamente lo contrario: concederle primacía a la realidad sobre las formas (Art. 53. C.P). Por tanto, cuando la justicia laboral advierte que una persona le ha prestado sus servicios personal y subordinadamente a un municipio, pero no tiene la investidura de trabajador oficial, no puede simplemente absolver al municipio. Podría hacerlo si con seguridad el demandante es empleado público, pues en este caso tendría la oportunidad de velar sus pretensiones en la jurisdicción competente: la Justicia Contenciosa Administrativa. Pero si hay buenas razones para concluir que el peticionario no es ni trabajador oficial ni empleado público, la justicia laboral debe decidir de fondo la cuestión de manera

congruente: establecer si hubo relación de trabajo personal y subordinado, y en caso afirmativo condenar al municipio al pago de los emolumentos laborales dejados de cancelar.

RECOLECCION DE DATOS DE LOS CASOS DE CONTRATO REALIDAD EN LA CIUDAD DE CUCUTA: OFICINAS DEL MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

El municipio de Cúcuta no se ve exento de la problemática que recae sobre la indebida aplicación del precedente judicial que existe por parte de los juzgados sobre este tema. No obstante es preciso aclarar que según la información recolectada en los Juzgados Laborales de la ciudad de Cúcuta y en las oficinas del Ministerio del Trabajo, muchas de las demandas incoadas en contra de los diferentes empleadores, fracasan debido a que no existe suficiente material probatorio por la parte actora que desvirtúe las formalidades regladas del contrato pactado desde un principio.

Para la debida sistematización de la información y posterior conclusión, se tuvo en cuenta tres fundamentales

preguntas para los casos del contrato realidad en Cúcuta:

1. *¿Qué aspectos probatorios se tienen en cuenta al momento en que la oficina de trabajo o juzgado, conocen de casos donde se demanda el contrato realidad?.*
2. *¿Cuál es la posición jurídica de los Juzgados y oficinas de trabajo frente a los casos donde se presentan los contratos realidad?.*
3. *¿Cuáles considera usted que es la causa que origina esta recurrente practica de los empleadores al tratar de distorsionar de manera sustancial la modalidad contractual?.*

En primer lugar se indago en la oficina del trabajo en la ciudad de Cúcuta, donde se entrevistó de manera breve y precisa a la Dra. Sandra Carrascal, quien es Inspectora de trabajo en esa entidad, y al Dr. Luis Eduardo Rangel, quien es Funcionario de Mintrabajo. Por otra parte, en el Juzgado Segundo Laboral se le elaboraron las mismas preguntas a uno

de sus funcionarios para que de manera breve y enfática absolviera las dudas que son objeto fundamental del Artículo de Investigación.

ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA A LA DOCTORA SANDRA CARRASCAL, INSPECTORA DE TRABAJO EN MINTRABAJO

1. *¿Qué aspectos probatorios se tienen en cuenta al momento en que la oficina de trabajo o Juzgado, conocen de casos donde se demanda el contrato realidad?.*

Rta. Bueno, primero que todo se debe tener en cuenta que nosotros no estamos en la facultad de reconocer derechos, quien se encarga de esta función es exclusivamente el Juez Laboral, nosotros nos encargamos de hacer un acercamiento entre las partes y procurar que las reclamaciones realizadas por los trabajadores a los empleadores, se ajusten a la realidad normativa y acá se les realiza una breve asesoría a los derechos que presuntamente le fueron vulnerados en una relación laboral. En cuanto al tema de los aspectos

probatorios que usted me menciona, como le indique inicialmente nosotros no estamos facultados para dirimir controversias ni para reconocer derechos y obligaciones, nuestra función es eminentemente conciliadora e informativa, por lo que no tocamos aspectos probatorios, pues eso ya hace parte de un proceso laboral ordinario.

2. *¿Cuál es la posición jurídica de los juzgados y oficinas de trabajo frente a los casos donde se presentan los contratos realidad?.*

Rta. De los juzgados no puedo me puedo manifestar, pues ellos resuelven esos casos frente a lo que se encuentra estipulado en la ley y la jurisprudencia, analizando el caso en particular, de igual manera nuestra posición como inspectores de trabajo no es juzgar ni dirimir conflictos, ni mucho menos declarar la existencia de derechos, pues como lo mencione esta es una función exclusiva de la justicia ordinaria, es por esto que nuestra visión frente a los casos de contrato realidad que se presentan o denuncian los trabajadores en nuestras

oficinas, es limitada, puesto que no entramos en el terreno de la resolución del conflicto, sino de encontrar una solución amistosa entre las partes antes de acudir a la Justicia Ordinaria Laboral.

3. *¿Cuáles considera usted que es la causa que origina esta recurrente practica de los empleadores al tratar de distorsionar de manera sustancial la modalidad contractual?.*

Bueno, la causa en si puede venir del interés del empleador de beneficiarse fraudulentamente del trabajo del contratista, pues como se sabe, el contrato de prestación de servicios tiene autonomía frente al pago de la Seguridad Social y también cuenta con la autonomía que le brinda la Ley en cuanto al tiempo de servicio, es decir que el trabajador puede organizar su actividad de acuerdo a ciertas metas u objetivos de la empresa, estos aspectos chocan muchas veces con la carga laboral de una empresa y el empleador termina exigiendo al contratista horarios fijos de trabajo y al

mismo tiempo dándole órdenes. Podría decirse entonces, que definitivamente las causas para que se configure la figura del contrato realidad, hacen parte de la falta de previsión de las empresas en distinguir que trabajadores son indispensables en planta o permanentes y cuales por supuesto solo deben estar en calidad de temporales.

Realizadas las preguntas a la Doctora Sandra Carrascal, Abogada Laboralista e Inspectora Del Trabajo en el Ministerio Del Trabajo, se procede a realizar las mismas preguntas, en el mismo orden al Doctor Luis Eduardo Rangel, quien ejerce en el Ministerio Del Trabajo en la Ciudad de Cúcuta, el cargo de Administrativo receptor de las controversias laborales en el mencionado Ministerio.

*ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA
AL DOCTOR LUIS EDUARDO
RANGEL, FUNCIONARIO DE
RECEPCION DE CONTROVERSIAS EN
EL MINISTERIO DEL TRABAJO EN LA
CIUDAD DE CUCUTA*

1. *¿Qué aspectos probatorios se tienen en cuenta al momento en que la oficina de trabajo o juzgado, conocen de casos donde se demanda el contrato realidad?.*

Rta. Dentro de mis funciones en la parte de asignación de citas, a las partes dentro de una relación laboral (Empleador y trabajador), realmente no puedo determinar ni aspectos probatorios o facticos. Esa función es del Juez Laboral, finalmente es él; quien tiene la potestad mediante la intermediación de la prueba determinar si existe contrato realidad. Mi trabajo en particular es: recepcionar los casos de los trabajadores o empleadores que se vean vulnerados en sus derechos garantizados por la Legislación Laboral y examinar si su reclamación está ajustada a los reglamentos del Ministerio y darle tramite a la misma, asignando una fecha para que se realice una conciliación entre las partes, y pues en esa conciliación estará presente el Inspector de Trabajo, quien es la persona facultada para dirimir ese tipo de controversias.

2. *¿Cuál es la posición jurídica de los Juzgados y oficinas de trabajo frente a los casos donde se presentan los contratos realidad?*

Rta. Nosotros no tenemos ninguna injerencia en el proceso como tal, o en la reclamación que haga el trabajador al empleador, pues nosotros no declaramos derechos ni resolvemos el asunto de fondo, eso es competencia de los Juzgados. Nosotros no tenemos ninguna posición Jurídica ni nada semejante, puesto que no estamos facultados para fallar ni para declarar la existencia de derechos, solo nos compete tramitar y dirimir las reclamaciones Extra Judiciales que lleguen a nuestras oficinas y enviarlas al Inspector de Trabajo para que dirima el asunto y aconseje a las partes sobre los aspectos legales del caso.

3. *¿Cuáles considera usted que es la causa que origina esta recurrente practica de los empleadores al tratar de distorsionar de manera sustancial la modalidad contractual?*

Rta. Bueno particularmente creo que es un problema de interpretación Jurídica por parte del empleador, en donde desconoce el carácter autónomo del trabajador cooperativo no asociado, o del contratista en particular, entonces se presente una alteración al objeto contractual inicial y se va modificando transformándose de un Contrato de Prestación de Servicios a un Contrato Laboral.

Realizadas las preguntas al Doctor Luis Eduardo Rangel, funcionario del Ministerio del Trabajo en Cúcuta, se procede a realizar las mismas preguntas al Doctor Gabriel Trillos secretario del Juzgado Segundo Laboral del Circuito, quien respondió las preguntas desde su punto de vista profesional aclarando que su concepto personal, no era el criterio o base de fundamento legal con los que se fallaban los casos o las diferentes controversias laborales que se encontraban vigentes en el Juzgado Segundo de Cúcuta.

**PREGUNTA SEMIESTRUCTURADA
REALIZADA AL DOCTOR GABRIEL**

*TRILLOS, SECRETARIO DEL
JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL
CIRCUITO*

1. *¿Qué aspectos probatorios se tienen en cuenta al momento en que la oficina de trabajo o Juzgado, conocen de casos donde se demanda el contrato realidad?.*

Rta. Bueno lo primero que hay que mirar es si la demanda cumple con los requisitos de Ley para su admisión, tal como lo establece el Código de Procedimiento Laboral, si la demanda es admitida, se surten las demás instancias Jurídicas, entre las que se incluyen la etapa de Conciliación, Saneamiento del Litigio y el Juez decide sobre las Excepciones Previas que haya a lugar. En un segundo evento, se procede a darle tramite a testimonios y se hace la valoración de las pruebas que las partes hayan allegado en el momento de hacer sus reclamaciones, de ahí se mira el contrato de trabajo, o contrato de prestación, se analizan Jurídicamente los testimonios y el Juez procede a tener en cuenta no solo los aspectos probatorios, sino en conjunto analiza el precedente

jurisprudencial teniendo en cuenta la posición de la Corte Constitucional frente a los casos semejantes. Entonces, no solo se tienen en cuenta aspectos probatorios, sino también aspectos facticos, Jurisprudenciales y por supuesto Constitucionales.

2. *¿Cuál es la posición jurídica de los Juzgados y oficinas de trabajo frente a los casos donde se presentan los contratos realidad?.*

Rta. El Juez siempre falla conforme a lo establecido en la ley, que en este caso sería el Código Sustantivo del Trabajo y de La Seguridad Social, y el Código de Procedimiento Laboral. De manera, que el Juzgado siempre debe funcionar conforme al sistema de normas, sin embargo, no hay que olvidar que nosotros tenemos mucho en cuenta la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo referente a la existencia de un precedente judicial sobre un caso determinado, al igual que miramos mucho también la jurisprudencia de la Corte suprema de justicia en la sala de lo laboral. En cuanto al punto de vista objetivo y

probatorio, siempre se actúa bajo el principio de la imparcialidad y las decisiones que se toman se deben ajustar a derecho. Por tanto nuestra posición frente a este tipo de procesos es imparcial y solo fallamos conforme al acervo probatorio existente y en base a la norma sustantiva.

3. *¿Cuál considera usted, que es la causa que origina esta recurrente practica de los empleadores al tratar de distorsionar de manera sustancial la modalidad contractual?.*

Rta. Desde que se presentó la tercerización por intermedio de las figuras de las Cooperativas, todo lo concerniente al contrato realidad ha sido un tema difícil de manejar, puesto que a veces al trabajador se le dificulta probar la existencia de este contrato que alega existe. Sin embargo considero que la causa principal no recae tanto en la regulación que la Ley da al respecto, pues se es claro que los contratistas ejercen una labor excepcional muy distinta a los trabajadores de planta, ya los contratan para cumplir con funciones

muy técnicas o específicas que no pueden ser ejercidas por los trabajadores fijos o de planta de la empresa, entonces considero que la causa sobreviene por falta de organización de cada empresa, pues la Legislación Laboral hace sus excepciones en cuanto a lo que son trabajadores de planta y contratistas.

DERECHOS SOCIALES DEL TRABAJADOR

La Constitución Política de Colombia enumera en su capítulo 2, los derechos sociales, económicos y culturales. Estos derechos están comprendidos del Artículo 42 al artículo 77 de la Constitución Política, y comprende todo lo pertinente a la institución de la Familia, derechos de los niños y niñas, la Seguridad Social, vivienda, vida digna, los principios del derecho del trabajo, propiedad privada, educación y cultura entre otros. En síntesis, se podría decir que los derechos sociales; son los que garantizan a todos los ciudadanos el acceso a una vida digna, en condiciones de justicia e igualdad.

DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS DEFINITIVOS

Para Pulido (2005), los derechos sociales originarios representan las posiciones vinculantes para el legislador que se desprenden de las disposiciones de derechos sociales. El objeto de estas posiciones es un deber de legislar. En el engranaje del Estado democrático constitucional, el legislador es el órgano dotado de la capacidad para crear la infraestructura administrativa y para apropiarse los recursos correspondientes que luego la administración empleará, a fin de llevar a cabo las prestaciones dirigidas a satisfacer las necesidades básicas de los individuos amparados por los derechos sociales.

Es por ello, y en cuanto al tema del contrato realidad, la administración es la encargada de reestructurar todo tipo de vacío que la norma no pueda suplir, bien sea acudiendo al legislador o asumiendo una posición que permita desarrollar y permitir el acceso a los derechos que los ciudadanos tienen en virtud de la Constitución. Esto quiere decir, que la titularidad de las obligaciones derivadas por la desigualdad y toda tipo de desequilibrio en los derechos sociales, debe ser asumida por el legislador quien

debe corregir la limitación al derecho. No obstante, no solo la obligación de velar por la igualdad de condiciones en materia de contrato realidad recae sobre el legislador, sino también sobre la administración que en este caso se entiende que son las autoridades públicas, ya que ellas son las encargadas de hacer valer los derechos y ejecutar conforme al sistema de normas todas las actuaciones jurídicas y administrativas tendientes a organizar y desarrollar los fines esenciales de la Constitución y la Ley.

Es por eso que para Pulido (2005), enuncia que las normas que emanan de los derechos sociales dan lugar a posiciones jurídicas que tiene solo dos elementos: Un sujeto pasivo (el legislador y la administración) y un objeto. Sin embargo, admite que a pesar de esta circunstancia, las normas de derechos sociales no son proposiciones programáticas, sino que ostentan una fuerza vinculante. Esta reconstrucción del carácter normativo de los enunciados de derechos sociales como mandatos jurídicos objetivos tiene la virtud de que ofrece por lo menos un criterio para poder identificar cuáles son los medios

que resultan obligatorios para el legislador.

Por otra parte Pulido (2005), en base a lo establecido por el autor Otto y pardo (1995) De acuerdo con este autor, en todas las disposiciones de fines del Estado, incluidos los derechos sociales, puede identificarse un núcleo esencial vinculante para el legislador, que constituye el límite de su libertad de configuración. Sostiene que si una ley va en contra del contenido esencial del fin, sin que la concreta regulación pueda ser justificada o sustentada entre otros valores constitucionales, puede ser declarada inconstitucional en el Control de Constitucionalidad de las leyes. Dicho en otros términos, de lo que se trata es de identificar uno o varios medios que sean indispensables para que el fin pueda realizarse en su contenido esencial. Una vez identificados, debe considerarse que la adopción de estos medios es vinculante para el legislador. Es por ello que cuando el contenido esencial de un fin materialmente circunscrito solo pueda realizarse en definitiva mediante una determinada medida, pues la adopción de esta medida resulta obligatoria para el legislador.

CONCLUSIONES

La Constitución Política de Colombia incluye en su primer Artículo la cláusula Estado Social de Derecho, esta expresión enmarca un aspecto muy importante en la aplicación objetiva de los derechos consignados en la carta política, pues se da entender que la existencia de un Estado social, no solo se remite al cumplimiento del ordenamiento positivo de la normatividad, sino que también incluye la aplicación práctica para los fines que el Estado persigue. Es por ello que el Estado, se ve en la necesidad no solo de hacer cumplir la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia, sino también poner en práctica los Derechos Fundamentales, sociales, civiles y

políticos que hacen parte de la fundación normativa del Estado Colombiano.

Dentro del presente Artículo de Investigación, basándonos en la Doctrina, las referencias Bibliográficas y las entrevistas realizadas, se pudieron obtener variables que hacen más preciso y delimitado las respuestas frente al tema del Contrato realidad, pues ha de entenderse que este fenómeno Jurídico afecta a todas las entidades territoriales en Colombia.

El procedimiento utilizado para la recolección de información se basó en dos fuentes, la primera las referencias bibliográficas sobre el tema del contrato realidad, y en segundo lugar las entrevistas que se formularon. En base a estos antecedentes bibliográficos se puede evidenciar que el problema del contrato realidad en la ciudad de Cúcuta no es nuevo, y que la Jurisprudencia aborda muy puntualmente las restricciones necesarias para evitar cualquier tipo de acción fraudulenta dentro de una relación laboral específica. En primer lugar, se puede establecer; que existe un desarrollo jurisprudencial, tal como está establecido en las Sentencias C- 154 de 1997 y T-556 de 2011, donde

se hacen diferencias entre un contrato de prestación de servicios y un Contrato Laboral Ordinario, además de establecer las pautas Jurisprudenciales de los diferentes casos de contrato realidad en Colombia.

El Artículo de Investigación permitió demostrar que Jurisprudencialmente existe una posición por parte de la Corte Constitucional en los casos donde se presenta un contrato realidad, pues el máximo tribunal en su ratio decidendi ha sido muy precisa al manifestar que los derechos sociales del trabajador complementan los principios fundamentales a la vida digna y a la igualdad entre los asociados. Esto tiene una relevancia jurídica importante, ya que la corte considera que los casos donde se presente la existencia de un contrato realidad, se debe examinar las pruebas y las condiciones de cada caso, asumiendo siempre una postura de fidelidad a los postulados establecidos por el tribunal, y es por este motivo que la balanza en materia de derechos y de igualdad favorecen al trabajador, pues este al final de cuentas estaría en desventaja a la hora de probar la

existencia del contrato realidad, por lo que la jurisprudencia inclina un poco la balanza a favor del trabajador emitiendo la jurisprudencia en concordancia con los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, que le son competencia a la Corte Constitucional para la evaluación y decisión de las controversias.

Por estos motivos, la Jurisprudencia ha Jugado un factor muy importante en la decisión frente a los casos del contrato realidad, pues es la mismas quien como ya se había mencionado fijo los limites en los que se puede circunscribir e identificar estas modalidades contractuales, evitando quebrantar el orden Constitucional y restableciendo los derechos que limiten o perjudiquen al trabajador. Esta posición de la Corte no obliga que en todos los casos se deba fallar a favor del trabajador, pues finalmente las decisiones de la justicia ordinaria no solo deben estar ajustadas a la Constitución y La Ley, sino también ajustadas a derecho, a la norma positiva y a los medios de pruebas que lleven finalmente al juez a tomar una decisión justa y razonada. La Jurisprudencia solo vendría apoyar al trabajador, pues en el

momento de ejercer su defensa y demostrar con pruebas el derecho que pretende hacer valer, se ve menguado frente a la posición predominante del empleador en cuanto a la recaudación del material probatorio.

Por otra parte, las entrevistas realizadas evidenciaron la manera en como las empresas terminan modificando la realidad contractual del contratista. En muchas ocasiones manifestaron los entrevistados, los empleadores modifican a su antojo la modalidad del contrato de prestación de servicios por un Contrato Laboral Ordinario, es decir; que los contratistas en la realidad terminan recibiendo órdenes, prestando personalmente el servicio y con horarios fijos. Esta situación, según lo manifestado en las entrevistas se puede presentar debido a que las empresas no tienen un orden en el desarrollo interno de sus funciones, ya que la normatividad es clara al resaltar cuando es menester por parte de una empresa o entidad requerir los servicios de un contratista.

En consecuencia con lo anterior, se puede establecer que si existe un desarrollo jurisprudencial en torno al

tema del contrato realidad, también se puede destacar que tanto la Jurisprudencia como la Ley son claras al establecer los límites al momento de distinguir entre las diferentes modalidades de contratación. Sin embargo, los problemas se suscitan dentro de la ejecución de la funciones del contratista o trabajador, pues este termina realizando funciones como si fuese un trabajador fijo y en algunas ocasiones el empleador desconoce su calidad de contratista, vulnerando las distinciones que la misma ley ha insertado en el sistema normativo. Es por este motivo, que se presentan tantas infracciones y reclamaciones por parte de los trabajadores, pues si se respetaran las condiciones contractuales iniciales, quizá el número de demandas y reclamaciones laborales disminuiría ostensiblemente.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Rivera, O. A. B. (2005). Criterios para evitar el abuso de la tercerización. *Gaceta Laboral*, 11(2), 253-273.

Constitución Política de Colombia, artículo 53

Decreto Ley 2351 de 1965

Tercerización e intermediación laboral-

sitio web :
<http://derechoempre2.obolog.es/tercerizacion-intermediacion-laboral-249039>

Pulido, C. B. (2005). El derecho de los derechos. Escrito sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales.

Sentencia de la Corte Constitucional C-154 de 1997

Sentencia de Tutela T-556 de 2011.

Preguntas Semi-estructuradas a funcionarios del Ministerio del Trabajo en la ciudad de Cúcuta, y funcionario de la Rama Judicial.

Pulido, C. B. (2005). El derecho de los derechos. Pág. 318

Otto y pardo (1995). *Derecho Constitucional y sistema de fuentes*. Editorial Barcelona, 1995

3 PRINCIPIO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN LA EMBARAZADA – CASO DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

HEIDI L. ARISTIZÁBAL GONZÁLEZ,
SARA NACARID CORREDOR JURADO
Y MAYRA L. ESCALANTE JIMÉNEZ

RESUMEN

La Corte Constitucional, ha basado sus pronunciamientos en que la protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo se ha consolidado por motivo al principio de la estabilidad laboral reforzada, el cual se traduce en el derecho que tiene el trabajador a conservar su puesto de trabajo en tanto perduren las causas que dieron comienzo al contrato, no se presente el incumplimiento grave de sus obligaciones y no intervengan circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hagan imposible su continuación; sin embargo el Consejo de Estado afirma en sus fallos, que no es jurídicamente posible igualar los efectos y la protección que brinda la

ley al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria con el contrato de prestación de servicios.

Palabras clave: Estabilidad laboral reforzada, Corte Constitucional, Consejo de Estado, Contrato de prestación de servicios, mujer en estado de embarazo.

ABSTRACT

The Constitutional Court based its rulings on the protection of working women, during pregnancy has been established on the grounds at the beginning of the employment stability, which leads to the right of the worker to keep his job endure as the causes that began to contract, material breach of its obligations is not present and not involved beyond the control of the subject of the relationship circumstances that make it impossible to continue, but the State Council said in its failures, which is not legally possible to match the impact and protection under the law the contract of employment and legal relationship with contract service delivery.

Keywords: Job Stability reinforced, Constitutional Court, Council of State, service delivery contract, women who are pregnant.

DESARROLLO

En la actualidad las entidades estatales han asumido la contratación de su personal mediante el contrato de prestación de servicios como la gran herramienta legal que les permite a éstas escapar de los compromisos laborales que realmente debían adquirir con sus trabajadores.

El contrato de trabajo se diferencia del de prestación de servicios independientes en el sentido que en el primero se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo; mientras que en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia, consistente en la capacidad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. (Observatorio de Justicia Constitucional - Defensoría del Pueblo de Colombia, 2014).

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que “*son*

contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”.

Sobre el contrato de prestación de servicios, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154/97, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara, señaló que “*un contrato de prestación de servicios era la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*”

De igual forma mediante sentencia del 16 de mayo de 1991, proferida por el Consejo de Estado, sección primera, expediente 1323, Magistrado Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez, se aclaró que a pesar de que ni el Código Civil ni el Código de Comercio definen lo que debe

entenderse como contrato de Prestación de Servicios, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua y la concepción tradicional que se ha tenido de aquel, puede afirmarse que *“son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto y que han sido reconocidas por el Estado”*.

Es importante señalar que los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral o prestaciones sociales y se celebran por el término estrictamente indispensable. Es decir, que en este tipo de contratos, la persona contratante únicamente paga el valor acordado por el servicio. **No paga licencias de maternidad, incapacidades, primas, cesantías, pensiones, parafiscales, salud, vacaciones. Además, el contrato de servicios al no estar regulado por el Código del Trabajo no está sometido al salario mínimo, motivo por el que puede hacerse por el monto que se desee.**

Asimismo, los trabajadores independientes también deben pagar en su totalidad pensión y salud. Por pensión debe pagar el 16% sobre el 40% del valor

bruto facturado (es decir el 6,4% sobre el valor total del contrato sin descontar la retención) y por salud, el 12,5% sobre el 40%, (esto es, el 5% sobre el total del contrato).

Ahora en el caso de que una mujer resulte embarazada estando está contratada mediante la modalidad de prestación de servicios, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han pronunciado en diversos fallos recientes sobre la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de embarazo y que tienen un contrato de prestación de servicios.

1.1. Marco Jurídico de la Estabilidad Laboral Reforzada de la Mujer Embarazada en Colombia

En primer lugar, es necesario precisar que la Constitución Política de Colombia establece en cabeza del Estado colombiano la protección especial de grupos de personas, que por sus condiciones particulares y su posición de indefensión dentro de la sociedad, pueden ser susceptibles de agresión o discriminación, tal es el caso de las

mujeres que se encuentran en estado de embarazo.

Es así como en el artículo 43 de la Constitución se consagra en favor de la mujer en estado de maternidad una protección de carácter especial al señalar que:

“(...) La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Igualmente, el artículo 43 de la Carta Política, señala la igualdad existente entre el hombre y la mujer y consagra a favor de ésta una especial

protección reforzada, cuando se encuentra en estado de maternidad, al indicar que *“durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.*

Asimismo, la Constitución otorga una especial tutela a la mujer en embarazo particularmente en relación a su estabilidad laboral, al consagrar en su artículo 53 los principios mínimos fundamentales que deben regir las relaciones laborales, los cuales son:

“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, facultades para transigir y conciliar sobre

*derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía de la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; **protección especial a la mujer, a la maternidad** y al trabajador menor de edad”.*

Los anteriores preceptos están desarrollados en diferentes Instrumentos Internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III), 10-10 de 1948), según la cual “tanto

la maternidad como la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”. (Art. 25 num. 2º).

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 2200 A (XXI), de diciembre 16 de 1966, vigente desde marzo 23 de 1976 - Ley 74 de 1968), el cual señaló a los Estados Partes “*el deber de conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, además de la concesión de licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social dentro de ese período*”. (Art. 10 num. 2º).

De igual forma, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 34/180, de diciembre 18 de 1979, vigente en Colombia desde febrero 19 de 1982 (ver Ley 51 de 1981), los Estados Partes se comprometieron a “*adoptar las medidas tendientes a impedir actos u omisiones*

contra las embarazadas y a asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, prohibiéndose el despido por motivo del embarazo e implementándose la licencia de maternidad, con sueldo pagado o prestaciones sociales similares, sin que implique pérdida del empleo, ni efectos contra la antigüedad y los beneficios sociales”. (Art. 11 num. 2°, literales a y b).

En virtud de lo anterior, es decir, de la aplicación de los referentes internacionales y de la protección constitucional a la mujer, se ha consolidado que *“el amparo de quien se halle en estado de gravidez implica una estabilidad laboral reforzada, que conlleva la prohibición de ser despedida por razón del mismo”* (Sentencia T-872 de septiembre 9 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), *por ser un criterio discriminatorio que atenta contra la Carta Superior y deviene en afectación de los derechos de quien está por nacer.* (Sentencia T-1030 de diciembre 3 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

En concordancia con las disposiciones constitucionales, la

legislación en general (Ley 100 de 1993) y las leyes laborales, en particular, consignan una serie de normas encaminadas al amparo de la mujer trabajadora durante el embarazo, su recuperación luego del parto así como el bienestar del recién nacido. (Art. 162 de la Ley 100 de 1993).

En efecto, la estabilidad laboral reforzada que ostenta la mujer en embarazo, se deriva de la presunción legal prevista en los artículos 239, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo, que señalan:

“Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivos del embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin la autorización de

que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene el derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo si no lo ha tomado”. (Artículo 239 del C. S. del T.)

Asimismo, es aplicable por analogía el artículo 240 del C. S. del T., el cual determina lo siguiente:

“1. Para poder despedir a una trabajadora durante el

período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. / El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene

carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.”

preaviso, este expire durante los descansos o licencias mencionados”.

A su vez, el artículo 241 del Código Sustantivo del Trabajo establece la nulidad del despido de la siguiente manera:

“1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.

2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del

Por su parte, la jurisprudencia ha desarrollado un principio superior a la estabilidad laboral, principio que se ha denominado estabilidad laboral reforzada, con el cual se busca garantizar la estabilidad del trabajador en casos muy particulares y que puedan afectar gravemente algunos principios constituciones del trabajador.

Sobre el principio de estabilidad reforzada en el caso de la mujer embarazada, ha dicho la Corte entre otras en la Sentencia C-470 de 1997 Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero:

“En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los

correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se

encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar”

La Corte Constitucional ha sido tan estricta en su interpretación de la estabilidad laboral reforzada, que incluso considera que la indemnización económica no es suficiente para garantizar tal estabilidad, y así dejó constancia en la misma sentencia ya referida:

“El mecanismo indemnizatorio acusado es constitucionalmente cuestionable, no por su contenido intrínseco, sino debido a su insuficiencia, pues no ampara eficazmente la estabilidad laboral de

las mujeres que van a ser madres o acaban de serlo”.

Es por eso que en algunos casos, y en especial en las entidades estatales, el Juez en lugar de condenar al empleador a indemnizar a una mujer que ha sido despedida en estado de embarazo o en su periodo de lactancia, ordena su reintegro.

1.2. La Corte Constitucional frente al tema de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo – caso del contrato de prestación de servicios

La jurisprudencia constitucional ha reiterado en sus pronunciamientos que la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una *“estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido y sigue siendo el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas...”*

(Sentencia C-470 de 1997 Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero).

Por lo tanto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido considerando que en virtud del principio de igualdad, la mujer en estado de embarazo tiene el derecho fundamental a no ser desvinculada de su empleo por el solo hecho de encontrarse en estado de embarazo.

La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas parte de la idea de que el despido, en esos casos, es discriminatorio, porque afecta a un grupo de especial protección constitucional y vulnera los derechos de quien está por nacer.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-987 de 2008 Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández fue enfático en señalar que donde:

"Exista una relación laboral, cualquiera que

ella sea, es predicable de la mujer embarazada el derecho a una estabilidad laboral reforzada, como una consecuencia del principio de igualdad, y por ende, su relación laboral no puede quedar ni suspendida ni anulada al punto de que se afecte su condición de mujer en estado de embarazo, toda vez que al margen del tipo de relación laboral que esté operando, durante el período de embarazo la mujer es acreedora de un derecho especial de asistencia y estabilidad reforzada, que obliga, en el evento de ser despedida, a apelar a una presunción de despido por discriminación en razón del embarazo, siendo el empleador quien asuma la carga de la prueba

que sustente el factor objetivo que le permita su despido de manera legal”.

Asimismo, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-069 de 2010 Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se revisaron seis fallos de tutela sobre la estabilidad laboral reforzada de mujeres embarazadas vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, concedió la protección bajo la siguiente tesis: *“el fuero de maternidad debe garantizarse, independientemente de la modalidad de la vinculación laboral”.*

En relación con el contrato de prestación de servicios, la Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, en la Sentencia T-484 de 2010, Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez, expresó:

“La estabilidad laboral reforzada también se predica en el caso de los contratos de prestación de servicios, pues, a pesar de que no

existe una relación laboral de subordinación, “se debe aplicar el criterio establecido por la jurisprudencia mediante el cual se ha dicho, para los contratos a término fijo, que el sólo vencimiento del plazo o del objeto pactado, no basta para no renovar un contrato de una mujer embarazada (...). Tal figura se aplica siempre que al momento de la finalización del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que los originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación”.

En pronunciamientos más recientes (Sentencias de unificación 070 y

071 de 2013), la Sala Plena de la Corte Constitucional, al respecto dijo:

“La protección a la mujer durante el embarazo y la lactancia tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. En primer lugar, el artículo 43 contiene un deber específico estatal en este sentido cuando señala que la mujer “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante,

sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada. En el mismo sentido, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres durante el periodo de gestación y lactancia. Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres. El segundo fundamento constitucional es la protección de la mujer

embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia.

En las mismas Sentencias la Corte Constitucional, aclara:

“Respecto de algunas modalidades de vinculación, el ordenamiento jurídico colombiano le confiere a los empleadores cierta libertad para no prorrogar los contratos a término fijo que suscriben con los(as)

trabajadores. Esta libertad, sin embargo, no es ilimitada y tampoco puede entenderse con independencia de los efectos que la misma esté llamada a producir sobre la relación entre unos y otros. En aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder. En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en

estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo. Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad (art. 43 C.N).

En conclusión y de acuerdo a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la mujer embarazada o en periodo de lactancia cuenta con una protección laboral reforzada, independientemente del tipo de contrato

de trabajo que haya suscrito con su empleador o contratante, por tales razones, para que se pueda terminar el vínculo contractual con una mujer en tal condición, deberán cumplirse los presupuestos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Lo anterior ha sido acogido por la mayoría de las Entidades Estatales, cuando se presenta el caso de la mujer en estado de embarazo que se encuentra vinculada mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios, sin embargo, esto se viene realizando mediante la celebración de otro contrato y por ende una suspensión del mismo por el tiempo que la mujer gozará de su licencia de maternidad; se observa con preocupación que los contratos de prestación de servicios en estos casos no han sido continuos, es decir, que se termina un contrato, y la contratista en estado de embarazo debe esperar hasta dos meses para firmar su nuevo contrato, tal es el caso de los contratos que finalizan el 31 de diciembre, ya que las Entidades Estatales, bajo el argumento de que no pueden comprometer vigencias futuras, han obligado a estas mujeres a

esperar a que se abra la vigencia del año correspondiente para poder celebrar un nuevo contrato, plazo que ha sido extendido posteriormente bajo la tesis de que deben esperar hasta que se expida la correspondiente disponibilidad presupuestal para poder efectuar el contrato, desprotegiendo así la mujer en estado de embarazo, y desconociendo lo consagrado por la Corte Constitucional.

1.3. El Consejo de Estado frente al tema de la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo – caso del contrato de prestación de servicios

El Consejo de Estado por su parte ha sido enfático en señalar que:

“La protección que otorga el fuero de maternidad no va al extremo de considerar que la mujer en estado de embarazo es inamovible. Es decir, si la terminación del vínculo laboral tiene sustento en una justa

causa y no en el embarazo o lactancia, no hay lugar a la protección del fuero de maternidad, pues el fuero de maternidad sólo protege que el despido no sea por razón del embarazo. La Sala debe precisar que, en su criterio, el fuero de maternidad sólo procede en los casos en que existe una auténtica relación laboral, bien sea una vinculación por contrato de trabajo o por una vinculación legal y reglamentaria, el último caso, vinculación propia del sector público, por lo tanto, para la Sala, el fuero de maternidad no se aplica en los contratos de prestación de servicios, pues en esos casos no se configura una relación laboral y no podría

extenderse la protección creada para los vínculos estrictamente laborales. La única forma para que, en esos eventos, se aplique el fuero de maternidad es que se demuestre que se configuraron los elementos de una auténtica relación laboral. Sin embargo, ese estudio le corresponde al juez de la acción ordinaria laboral o al juez administrativo, según sea el caso, no al juez de tutela, pues se trata de una discusión estrictamente legal y probatoria, en la medida en que debe establecerse si se cumplen los requisitos previstos en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo. La acción de tutela no es el

mecanismo judicial idóneo para declarar que se ha configurado un contrato real". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil trece (2013), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00495-01(AC)).

De igual forma, la Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció al respecto, señalando que *“el fuero de maternidad no se aplica a contratos de prestación de servicios”*, lo anterior al negar la tutela que interpuso una contratista de la Contraloría General de la República que fue desvinculada de la entidad por el vencimiento del plazo de su contrato, a pesar de que estaba embarazada. El fallo destaca que la

posición de la Corte Constitucional sobre ese punto no ha sido clara. De hecho, retoma los argumentos expuestos por el magistrado Humberto Sierra en un salvamento de voto a la Sentencia T-069 del 2010, que amparó el derecho a la estabilidad reforzada de varias mujeres vinculadas por contratos de prestación de servicios. Apoyándose en el salvamento, la Sección señaló que esos contratos no generan los mismos efectos jurídicos que la ley les da al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo, Bogotá, D.C, catorce (14) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-15-000-2010-03232-01(AC)).

1.4. Controversias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo – caso del contrato de prestación de servicios

De acuerdo a la protección que

brinda el estado a las mujeres en estado de embarazo y después del parto, se establece que *“las madres gestantes y los tres meses siguientes al parto, gozan de una especial protección la cual genera para ellas una garantía denominada estabilidad laboral reforzada, que impide que sean despedidas o terminado su contrato laboral, o que no sea renovado por causa o con ocasión del embarazo o durante el descanso durante los tres meses siguientes al parto, sin permiso del Inspector de Trabajo, por lo que dicha violación, se contrarresta mediante la acción de tutela”*.

Dicha estabilidad laboral reforzada es gracias a la jurisprudencia de las Altas Cortes, pero especialmente de la Corte Constitucional, que ha defendido a las mujeres trabajadoras durante los últimos abusos de los empleadores y EPS, que son éstas últimas, las mayores violadoras de derechos fundamentales de la madre y su hijo, en especial, frente al pago de la Licencia de Maternidad.

Aunque es conocido en el derecho laboral, la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en embarazo y los tres meses

siguientes al parto, los jueces de los dos más altos tribunales la aplican de manera diferente al referirse a las mujeres vinculadas mediante un contrato de prestación de servicio.

El desacuerdo entre dos las altas cortes, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, respecto a la estabilidad laboral reforzada, surge a raíz de que cada Alto Tribunal, tiene consideraciones bastantes contrarias cuando se refieren a determinar la aplicación de la estabilidad laboral reforzada en mujeres embarazadas vinculadas por medio de un contrato de prestación de servicio.

En principio, la Corte Constitucional desde el año 2010, ha establecido que las mujeres en embarazo sin importar el tipo de relación contractual (Comercial, Civil, Administrativo o Laboral) en la que se encuentren, deben ser amparadas por la estabilidad laboral reforzada. Expuso la Corte Constitucional en la Sentencia T-484/10, Magistrado ponente Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez, lo siguiente:

“Adicionalmente, la Corte ha determinado que existe derecho a la estabilidad laboral reforzada cuando hay una relación laboral entre la mujer embarazada y el empleador, sin importar su naturaleza, pues, al margen del tipo de relación laboral que exista, la mujer en estado de embarazo es un sujeto de especial protección constitucional.”

Explica la Corte Constitucional que la aplicación de la estabilidad laboral reforzada en los contratos de prestación de servicios se realiza siempre que subsista la materia del trabajo, las causas que lo originaron y la trabajadora haya cumplido a cabalidad con sus obligaciones y añade que la protección cobija a todas las mujeres en embarazo sin importar la naturaleza contractual, así:

“Por este motivo, la estabilidad laboral reforzada también se predica en el caso de los contratos de prestación de servicios pues, a pesar de que no existe una relación laboral de subordinación, “se debe aplicar el criterio establecido por la jurisprudencia mediante el cual se ha dicho, para los contratos a término fijo, que el sólo vencimiento del plazo o del objeto pactado, no basta para no renovar un contrato de una mujer embarazada (...). Tal figura se aplica siempre que al momento de la finalización del plazo inicialmente pactado, subsistan la materia de trabajo y las causas que los originaron y el

trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación”.

En suma, la protección laboral reforzada es una garantía para evitar la discriminación laboral que cobija a todas las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, cuando se presenta una relación laboral entre ellas y su empleador, sin importar su naturaleza. De allí que, en el caso de los contratos de prestación de servicios, aunque no exista necesariamente subordinación, sí existe estabilidad laboral reforzada. (Sentencia T-484/10 Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez)

Por su parte, el Consejo de Estado como máximo órgano judicial de la administración pública, mantiene una postura mucho menos garantista, pues esta corporación aunque sí reconoce la estabilidad laboral a las mujeres en embarazo, solo lo hace cuando la mujer mantiene un contrato de trabajo (con empleador del sector privado o público) o una relación legal y reglamentaria, es

decir que para esta Alta Corte, la estabilidad laboral reforzada no tiene cabida en los contratos de prestación de servicio.

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostiene que al ser una estabilidad laboral solo es aplicable para esta modalidad contractual, explica:

“Esta estabilidad como se indica es en el ámbito laboral y puede ser predicable solo cuando exista una relación laboral entre la trabajadora y el empleador (...)

(...) La Sala debe precisar que, en su criterio, el fuero de maternidad sólo procede en los casos en que existe una auténtica relación laboral, bien sea una vinculación por contrato de trabajo o por una vinculación

legal y reglamentaria, el último caso, vinculación propia del sector público, por lo tanto, para la Sala, el fuero de maternidad no se aplica en los contratos de prestación de servicios, pues en esos casos no se configura una relación laboral y no podría extenderse la protección creada para los vínculos estrictamente laborales.” (Sentencia 68001-23-33-000-2013-00495-01 de julio del 2013).

Establece además que, en caso de que pretenda debatir el surgimiento de un contrato laboral, en vez del de prestación de servicio, el mecanismo idóneo para hacerlo No es la acción de tutela sino que debe dirigirse ante un Juez en un proceso Ordinario (Juez Laboral en lo Privado o Juez Contencioso Administrativo para litigios con entidades públicas), explica:

“La única forma para que, en esos eventos, se aplique el fuero de maternidad es que se demuestre que se configuraron los elementos de una auténtica relación laboral. Sin embargo, ese estudio le corresponde al juez de la acción ordinaria laboral o al juez administrativo, según sea el caso, no al juez de tutela, pues se trata de una discusión estrictamente legal y probatoria, en la medida en que debe establecerse si se cumplen los requisitos previstos en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo. La acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar que se ha configurado

un contrato realidad.”(Sentencia 68001-23-33-000-2013-00495-01 de julio del 2013)

El Consejo de Estado ha precisado que el *“fuero de maternidad no aplica en los contratos de prestación de servicios”*. De acuerdo a lo anterior, y según el Consejo de Estado, en el caso de las mujeres contratistas que pretendan alegar la estabilidad laboral reforzada debido a su embarazo y tres meses más al parto, sólo es el Juez en un proceso ordinario y no en acción de tutela, quien estudiando el caso particular, decidirán si la contratista tiene o no dicha protección.

Es decir, que de acuerdo a lo anterior, el Consejo de Estado argumenta que, si está probado que la terminación del contrato obedeció única y exclusivamente a que el plazo contractual y la labor contratada se cumplieron, no es posible aplicar el fuero de maternidad, pues la razón de ser de esta protección no es otra que evitar la discriminación laboral de la mujer embarazada.

Conclusiones

La Constitución Política de Colombia establece que la mujer trabajadora en estado de embarazo goza de protección especial; por su parte, la ley ampara a la mujer embarazada con una estabilidad laboral reforzada en virtud de un contrato laboral durante el periodo de gestación y tres meses posteriores al parto. La estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida.

La Corte Constitucional, ha sido enfática en afirmar que en el caso de los contratos de prestación de servicios, aunque no exista necesariamente subordinación, sí existe estabilidad laboral reforzada, ya que la protección laboral reforzada es una garantía para evitar la discriminación laboral que cobija a todas las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, cuando se presenta una relación laboral entre ellas y su empleador, sin importar su naturaleza.

Por su parte el **Consejo de Estado** ha afirmado que no es jurídicamente posible igualar los efectos y la protección que brinda la ley al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria con el contrato de prestación de servicios. Además, determina que si está probado que la terminación del contrato obedeció única y exclusivamente a que el plazo contractual y la labor contratada se cumplieron, no es posible aplicar el fuero de maternidad, pues la razón de ser de esta protección no es otra que evitar la discriminación laboral de la mujer embarazada. En este sentido, enfatiza que el fuero de maternidad no es posible extenderlo si la relación contractual termina por causas legales y no por el embarazo.

Finalmente, vale la pena resaltar el tema de la suspensión que se efectúa por parte de las Entidades del Estado, a los contratos de prestación de servicios en caso de que la mujer quede embarazada durante el tiempo de su ejecución, ya que la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, no contemplan las causales de suspensión de un contrato de

prestación de servicios celebrado con una Entidad Pública, motivo por el cual, debe señalarse que no existe ninguna disposición normativa que contemple en forma expresa, la suspensión del contrato, en virtud de la licencia de maternidad de la contratista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución Política de Colombia, 1991.

Convención 107 de la OIT (Organización Internacional Del Trabajo).

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 34/180, de diciembre 18 de 1979, vigente en Colombia desde febrero 19 de 1982 (ver Ley 51 de 1981).

Consejo de Estado – Sección Primera. Sentencia del 16 de mayo de 1991, Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez, Expediente 1323.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Bogotá, D.C., tres (3) de julio de dos mil trece (2013), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00495-01(AC).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo, Bogotá, D.C, catorce (14) de marzo de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-15-000-2010-03232-01(AC).

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-872 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-1030 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional Colombiana. **Sentencia C-470 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.**

Corte Constitucional Colombiana.

Sentencia T-987 de 2008, **M. P. Clara Inés Vargas Hernández**

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-069 de 2010, **M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.**

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-484 de 2010, **M. P. Juan Carlos Henao Pérez.**

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-070 de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-071 de 2013, M. P. Alexei Julio Estrada.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-154/97, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara,

Declaración Universal de Derechos Humanos (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 217 A (III), 10-10 de 1948),

Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951, por medio de los cuales se expide el

Código Sustantivo del Trabajo.

Decreto 410 de 1971. Código de Comercio.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua. En internet: <http://www.rae.es/>

Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Ley 57 de 1887. Código Civil.

Ley 50 de 1990, por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

Observatorio de Justicia Constitucional - Defensoría del Pueblo de Colombia. (2014). Protección constitucional del trabajo y derechos fundamentales de los trabajadores y los sindicatos. Disponible en internet: <http://www.defensoria.org.co/ojc/pdf.php/>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 2200 A (XXI), de diciembre 16 de 1966, vigente desde marzo 23 de 1976 - Ley 74 de 1968).

4 ANÁLISIS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN COLOMBIA

JORGE AL.CHÁVEZ CARRILLO,
ANDREA P.SANABRIA FORGION Y
REINALDO A.VILLAMIZAR ARENAS

RESUMEN

En el año 2012, fue expedido el Código General del Proceso (Ley 1564), el cual viene a reemplazar el Código de Procedimiento Civil (CPC), vigente desde 1970; sin embargo este nuevo Código, solo entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2014, aplicándose a los procesos civiles, de familia, comerciales y agrarios.

El Código General del Proceso introduce un sinnúmero de cambios en la forma como son desarrollados los procesos judiciales en Colombia. Uno de estos cambios (tal vez uno de los más relevantes) es el relacionado con los medios de prueba y la forma en cómo las partes “deben” o “pueden” probar los

hechos o afirmaciones que presentan. Para entender un poco mejor este cambio, es necesario ver en perspectiva lo establecido en el Código de Procedimiento Civil y lo que ahora señala el nuevo Código General del Proceso.

Palabras clave: Código de Procedimiento Civil, Código General del Proceso, Medios de Prueba, Dictamen Pericial, Interrogatorio de Parte, Indicios, Testimonio Confesión, Juramento.

ABSTRACT

In 2012, he was awarded the General Code of Procedure (Act 1564), which has replaced the Code of Civil Procedure (CPC), in force since 1970; however this new code, only became effective from January 1, 2014, will apply to the processes civil, family, commercial and agricultural.

The General Code of Procedure introduces a number of changes in how the judicial process developed in Colombia. One of these changes (perhaps one of the most important) is related to

the evidence and the way how the parties "should" or "may" prove facts or statements presented. To understand a little better this change in perspective is necessary to set out in the Code of Civil Procedure and which now points to the new General Code of Procedure.

Keywords: Code of Civil Procedure, General Code of Procedure, Means Test, Expert Opinion, Interrogation Section, Evidence, Testimony Confession Oath.

INTRODUCCIÓN

El 12 de julio de 2012, fue sancionada la Ley 1564, con la cual se expide el nuevo Código General del Proceso, código que reforma el Código de Procedimiento Civil, en forma sustancial, lo que no ocurría desde hace 42 años.

Este nuevo modelo comenzó a regir desde el 1 de enero de 2014, y en un plazo de tres años abarcará todos los distritos judiciales del país, sin embargo, hay normas que empezaron a aplicarse a partir de la promulgación y otras

empezaron a regir el primero de octubre de 2012.

Este **nuevo estatuto** establece nuevos lineamientos en el tema de oralidad, que busca que las demandas en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios sean resueltas en un menor tiempo. Incluye también, entre otras novedades, la inclusión de nuevas tecnologías de la información y comunicaciones; que proyectan a largo plazo litigios en línea y expedientes digitales.

En materia de medios probatorios, el nuevo Código General del Proceso, establece en el Libro Segundo “Sobre Actos Procesales” - Sección Tercera “Régimen Probatorio”, un Título Único, denominado “Pruebas”, el cual está conformado por diez (10) capítulos, en los cuales se aborda lo referente a la confesión (Artículos 193 y 198, 205); la declaración de parte (Artículo 208); el juramento (Artículo 206); el testimonio de terceros (Artículos 208 a 225); el dictamen pericial (Artículos 226 a 235); la inspección judicial (Artículos 236 a 239); los documentos (Artículos 243 a

274); los indicios (Artículos 240, 241 y 242), y los informes.

Teniendo en cuenta que el Código General del Proceso, fue expedido hace tan solo dos años, y que muchas de las disposiciones allí consagradas guardan cierta similitud con los consagrados en el Código de Procedimiento Civil, es importante analizar el tema de los medios de prueba dentro del proceso; lo cual motiva el estudio que se presenta a continuación.

1. ANÁLISIS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN COLOMBIA

La prueba como institución jurídica ineludible en el proceso judicial resulta importante desde que está orientada a todos los hechos principales o accesorios en concreto previamente descrito por la ley, según sea el objeto del

proceso que se desea probar, ya sea civil o penal, esto es referente al delito o a las afirmaciones contenidas en la demanda. Pero en general siempre tiene una misma finalidad en cualquiera de los campos del derecho, de allí que su objeto debe estar enmarcado al hecho.

El objeto de la prueba es aquello sobre lo que el juez debe adquirir el conocimiento necesario para resolver la cuestión sometida a su examen, o sea el objeto está enmarcado en que es lo que hay que determinar en el proceso. Bajo los contextos referidos se puede indicar que de alguna manera se identifica con el objeto de la sentencia, puesto que al versar la imputación sobre un hecho, la sentencia se tiene que pronunciar sobre si la imputación refleja o no el hecho.

Los sujetos procesales desde que están legitimados en el proceso igualmente tienen una finalidad, como es probar las afirmaciones o versiones contenidas en la demanda. Es entonces que la prueba que aportaran dichos sujetos tendrá la finalidad aludida y que serán objeto de valoración de parte del juzgador para su validez y

consecuentemente la sentencia emitida sea legal y constitucional. Es lógico que para lograr la comprobación del objeto del proceso se requiere que esta sea pertinente, relevante, objetiva y legal. De lo anterior, se puede afirmar en concreto que la finalidad de la prueba es la de proporcionar conocimiento verdadero de lo que se desea saber, por eso se dice que la prueba es una fuente de la verdad.

En Colombia el Código de Procedimiento Civil habla de los medios probatorios los cuales encontramos en el artículo 175 de la siguiente manera:

*Sirven como
pruebas, la
declaración de
parte, el
juramento, el
testimonio de
terceros, el
dictamen pericial,
la inspección
judicial, los
documentos, los
indicios y
cualesquiera otros
medios que sean*

útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.

Por su parte, el Código General del Proceso que rige los procesos civiles, comerciales, agrarios y de familia, así como todas las actuaciones judiciales que no tengan un régimen especial, sigue de cerca la organización general del Código de Procedimiento Civil. En el Libro Segundo sobre Actos Procesales, continúa el Régimen Probatorio en la Sección Tercera, en un Título Único, denominado “PRUEBAS”, pero ahora conformado por diez (10) capítulos, uno más que el Código de Procedimiento Civil., porque a la Prueba por Informe, que antes se

encontraba formando parte del capítulo de la Prueba Pericial, se le confiere autonomía, como medio de prueba independiente.

Hernando Devis Echandía (1970), menciona que la palabra prueba, aun extrayéndola de su estrato más común, y ubicándola dentro del campo jurídico “posee toda una gama de significados, ya que se usa para designar objetos distintos aunque conexos”. (Dellepioane, 1961). De este modo las acepciones que ocupa son las siguientes:

“Para designar los medios con los que se pretende probar; es decir, “todos aquellos instrumentos que pueden lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los asuntos controvertidos.

(Ibíd., p. 289).

Para designar la producción de la

prueba, a la circunstancia de hacerla valer ante los tribunales (así se dice que la prueba le incumbe al actor o al demandado).

Para consignar el resultado producido por los medios de la prueba ofrecidos y desahogados en el proceso. (Roxin, 2000).

Para designar a una fase anterior al fallo”.

Por sus raíces latinas, se deriva del latín *probo*, bueno, honesto; y de *probandum*, que significa aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe; por lo que representaría la corroboración, verificación acerca de los hechos discutidos en juicio.

E. Couture (1997), dice que la

prueba es “un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”.

Por lo tanto en un sentido común, se entiende como prueba que es aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que ésta adquiriera el convencimiento de la verdad o la certeza de un hecho para fijarlos como ciertos a los efectos del proceso; ósea, en el Derecho la prueba es la actividad necesaria que implica demostrar la verdad de un hecho, su existencia o contenido según los medios establecidos por la Ley.

En el mismo sentido que el anterior, Claus Roxin (2000), define a la prueba como “el medio u objeto que proporciona al Juez el convencimiento de la existencia de un hecho”.

De acuerdo a lo señalado por el Consejo de Estado, la prueba es entendida, como:

En primer lugar debe precisarse que la prueba ha sido definida por

diversos autores de la siguiente manera: Para Bentham, después de sostener que la palabra prueba tiene algo de falaz, concluye que no debe entenderse por ella sino un medio del que nos servimos para establecer la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto; por su parte para Ricci "la prueba no es un fin por sí mismo, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad" y agrega que "antes

de emplear un medio para conseguir el fin que se persigue es de rigor convencerse de la idoneidad del medio mismo; de otra suerte se corre el riesgo de no descubrir la verdad que se busca" y por último Framarino anota en su "Lógica de las pruebas en materia Criminal" que la finalidad suprema y sustancial de la prueba es la comprobación de la verdad y que la prueba es el medio objetivo a través del cual la verdad logra penetrar en el espíritu.

De conformidad con lo anterior, es claro que por valoración o evaluación de la prueba debe entenderse el conjunto de operaciones mentales que debe cumplir el juez al momento de proferir su decisión de fondo para conocer el mérito o valor de convicción de un medio o conjunto de medios probatorios. El artículo 168 del C.C.A. prevé que en los procesos que se surtan ante esta jurisdicción, se aplican las normas del Código de Procedimiento Civil en lo

relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración, siempre que resulten compatibles con las normas del C.C.A. marginalmente (...). (Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección "A" CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, del 20 de septiembre de 2007, Radicación 25000-23-25-000-2004-05226-01(0864-07).

Por su parte los medios de prueba,

son los elementos que sirven para cumplir los fines procesales de la prueba judicial en el marco de un debido proceso legal; son las personas y cosas que poseen información útil sobre hechos, y que la ley considera idóneas para el desarrollo de la actividad de prueba y la producción del resultado probatorio en un juicio; son los datos empíricos que sirven para comprobar las hipótesis fácticas planteadas por las partes en una causa. (Cabañas García, 1992, p. 24 y 25).

En el sistema continental a menudo se emplea la terminología de medios de prueba para aludir a los antecedentes en los que se apoya la dinámica probatoria. (Taruffo, 2011). En este sentido, los medios son definidos como toda cosa, hecho o acto que sirve por si solo para demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio. (Couture, 2002).

De acuerdo a las explicaciones de Bentham que el Consejo de Estado dió, se puede señalar que los medios probatorios corresponden a la “evidence”, que este autor describe como “un medio encaminado a un fin”; como “un medio

que se utiliza para establecer la verdad de un hecho”; como un artículo del conocimiento humano útil para un determinado curso de acción, a través del cual una persona busca un objetivo particular que ha tenido a la vista. Siguiendo este razonamiento, tenemos que los medios de prueba se distinguen de las fuentes probatorias, en primer término, por estar ubicados en el marco del proceso judicial, pero además por dirigirse siempre a conseguir un fin dentro del referido escenario. Como señaló Bentham, evidence “es, en cualquier caso, un medio destinado a un fin” (Bentham, 2004) o como sostuvo Sentis Melendo, mientras la fuente de prueba necesariamente “es de algo”, el medio probatorio es “para algo” (Sentis Melendo, 1979).

1.1. Medios de prueba de acuerdo al Código de Procedimiento Civil y al Código General del Proceso, en Colombia.

Alberto Hinostroza define a los medios probatorios como "los instrumentos que emplean las partes

u ordena el magistrado de los que se derivan o generan las razones que conducen al Juez a adquirir certeza sobre los hechos". (Hinostroza, 1999, p. 16). Por su parte Paul Paredes indica que "técnicamente, el medio probatorio es la manifestación formal del hecho a probar; es la descripción, designación o representación mental de un hecho". (Paredes, 1997, p. 153).

El medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso, penetre en él para ser conocido por la justicia y los sujetos procesales, con respeto del derecho de defensa de éstas.

Los principales medios de prueba de acuerdo a los Artículos 175 del Código de Procedimiento Civil y 165 del Código General del Proceso, son: la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión, los indicios.

- **La inspección:** Devis Echandía, expresaba que se entendía por inspección o reconocimiento judicial: una diligencia procesal, practicada por un funcionario judicial, con el objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de su convicción, mediante el examen y la observación con sus propios sentidos, de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que subsisten o de rastros o huellas de hechos pasados, y en ocasiones de su reconstrucción. (Devis Echandía, 1994, p. 140).
- **Peritación:** Cafferata Nores, indica que es aquel medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba. (Cafferata Nores, 1994, p. 45).
- **Documentos:** Para Devis Echandía, el documento es toda

cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera, puede ser delictivo-representativo, cuando contenga una declaración de quién lo crea y otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados y de los discos y cintas de grabaciones magnetofónicas; puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros, radiografías, dibujos y fotografías. (Devis Echandía, 1994, p. 141).

- **El testimonio:** Para Díaz de León, es aquel medio de prueba y acto procesal por el cual terceras personas comunican al órgano jurisdiccional, sus experiencias y percepciones sensoriales extrajudiciales o relacionadas con el delito. (Díaz de León, 1991, p. 369).
- **Confesión:** De acuerdo a Leguisamon, es un medio de prueba judicial y provocado, consistente en la declaración que

realiza una de las partes, mediante la cual reconoce la verdad de hechos personales o de conocimiento personal de aquél y pasados, que le son desfavorables y que benefician a la parte contraria. (Leguisamon, 2001, p. 455 y ss.).

- **Indicios:** Carnelutti, los define como todo hecho conocido y debidamente comprobado, por medio del cual a través de una operación lógica nos puede conducir al conocimiento de otro hecho desconocido. (Carnelutti, 1982. p. 191-192).

En un análisis comparativo de los medios de prueba típicos del Código de Procedimiento Civil, con los consagrados en el Código General del Proceso, se encuentra que en el primero de ellos se han estipulado en su artículo 175, ocho (8) medios de prueba, mientras que en el segundo, se han establecido en el artículo 165, nueve; así:

Cuadro 1: Comparativo de los medios de prueba en CÓDIGO DE

PROCEDIMIENTO CIVIL y el CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Código de Procedimiento Civil (Art. 175)	Código General del Proceso (Art. 165)
1. La confesión (Artículos 197 y 198, 210, 220)	1. La confesión (Artículos 193 y 198, 205)
2. Interrogatorio de parte (202 al 208)	2. La declaración de parte (Artículo 208)
3. El juramento (Artículos 211 y 212)	3. El juramento (Artículo 206)
4. El testimonio de terceros (Artículos 213 a 232)	4. El testimonio de terceros (Artículos 208 a 225)
5. El dictamen pericial (Artículos 233 al 243)	5. El dictamen pericial (Artículos 226 a 235)
6. La inspección judicial (Artículos 244 a 247, 181)	6. La inspección judicial (Artículos 236 a 239)
7. Los documentos (Artículos 251 al 293)	7. Los documentos (Artículos 243 a 274)
8. Los indicios (Artículos 248, 249 y 250)	8. Los indicios

Otros	(Artículos 240, 241 y 242) 9. Los informes
-------	---

1.2. Diferencias que se presentan en relación con los medios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso.

Con respecto a las diferencias que se presentan en relación con los medios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso, en primera medida es importante precisar que la estructura la Ley 1564 de 2012 es similar a la organización general del Decreto 1400 de 1970; es decir, que el tema del Régimen Probatorio, continúa en el Libro Segundo, denominado “Actos Procesales”, en la Sección Tercera, en el Título Único, nombrado “Pruebas”; el cual ahora está conformado por diez (10) capítulos, uno más que el Código de Procedimiento Civil, porque a la Prueba por Informe, que antes se encontraba formando parte del capítulo de la Prueba Pericial, se le confiere autonomía, como medio de prueba independiente. Además, en el

Código General del Proceso, los títulos se reenumeran dentro de cada sección, a diferencia del Código de Procedimiento Civil donde tenían una numeración consecutiva.

De igual forma, y respecto a las diferencias estructurales del Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso, es que el capítulo llamado “Pruebas Anticipadas”, cambia de nombre y de ubicación. En Código de Procedimiento Civil era el último de la Sección; ahora pasa a ser el Capítulo II y a denominarse “Pruebas Extraprocesales”, situado inmediatamente después de las Disposiciones Generales (Capítulo I), antes de la regulación de cada uno de los medios de prueba, que en su orden empieza por la Declaración de Parte y la Confesión (Capítulo III) y terminan con la Prueba por Informe (Capítulo X).

En referencia a la confesión como medio de prueba, las diferencias introducidas por el nuevo Código General del Proceso, con respecto al Código de Procedimiento Civil, se da en las amplias facultades para confesar de los apoderados y representantes. De acuerdo

a los artículos 77 y 193, el poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para confesar espontáneamente en cualquier acto del proceso. Cualquier restricción sobre tales facultades se tendrá por no escrita. Claro está que no faculta esta disposición al abogado para absolver el interrogatorio de parte por su cliente, porque es una actuación reservada por la ley a la parte misma (artículo 198 Código General del Proceso).

Por otra parte, de acuerdo al nuevo Código General del Proceso, ya no será necesario dejar constancia en el acta de los hechos presumidos como ciertos en la confesión ficta o presunta, porque el artículo 205 no reprodujo esta equivocada exigencia.

Al respecto de la declaración de parte como medio de prueba, el nuevo Código General del Proceso, separa esta de la confesión; además se da cuando la parte declara hechos que no constituyen confesión, es decir, que no reúnen los requisitos del inciso primero del artículo 191. Se aplica el postulado de la Buena Fe consagrado en el artículo 83 de la CN; se hace bajo juramento, y por como

consecuencia de lo anterior, se está expuesto a las sanciones penales y disciplinarias, si hubiere lugar; se valora de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas, esto es, de acuerdo con la sana crítica y en conjunto con las demás pruebas art. 176 Código General del Proceso.

En cuanto al juramento como medio de prueba, el Código General del Proceso, lo establece como requisito formal para la admisibilidad (art.82) solo en procesos que se pretenda el reconocimiento de: indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras; no se aplica a los daños extrapatrimoniales; o procede cuando quien reclame sea un incapaz. Además, de lo anterior se debe discriminar cada uno de sus conceptos. Igualmente, para que se considerada la objeción tendrá ahora que especificar “razonadamente (con motivación) la inexactitud que se le atribuya a la estimación”. Asimismo, cuando se reclamen perjuicios el juramento no incluye los causados con posterioridad a la presentación de la demanda (inciso 6to, art. 206). Finalmente, su incumplimiento genera

inadmisión y puede generar el rechazo (art. 90, inc. 4, num 6 e inc.5).

De igual forma, entre las novedades que establece el Código General del Proceso, con relación a el juramento estimatorio, se encuentra, que incide en la cuantía del proceso (art. 25); no requiere ser solicitado como medio probatorio, para que sea decretado, pues se exige por ministerio de la ley y será prueba mientras no sea objetado; incide en la calificación de la conducta de las partes y perjuicios a cargo de partes y apoderados (art. 280); incide en la congruencia de la sentencia salvo asuntos de familia y agrarios (art. 281–Par. 1 y 2); finalmente, en valoración de daños, pese al juramento estimatorio, se atenderá los principios de reparación integral y equidad (art.283 inciso final).

Con relación al testimonio de terceros, como medio de prueba, en el nuevo Código General del Proceso, se establece la eliminación del límite de edad de doce años; todas las personas son hábiles ahora para testimoniar y el juez deberá adoptar respecto de los menores las medidas apropiadas para la

recepción y las reglas pertinentes para la apreciación; únicamente se consideran como inhábiles los sordomudos que no se dan a entender e interdictos; además, se consagra la doble vuelta de preguntas que se establece en la práctica de la prueba; y finalmente, en los casos de objeciones de las partes a las preguntas, el objetante deberá limitarse “a indicar la causal y el juez resolverá de plano y sin necesidad de motivar, mediante decisión no susceptible de recurso” (artículo 220 Código General del Proceso).

En lo que se refiere al dictamen pericial, como medio de prueba, el nuevo Código General del Proceso, regula lo concerniente al dictamen aportado por una de las partes y la posibilidad de que cuando el tiempo sea insuficiente para presentar el dictamen se pueda pedir una prórroga para su presentación. La parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá pedir la comparecencia del perito a la audiencia, para interrogarlo sobre la idoneidad y el contenido del dictamen, o aportar otro dictamen o hacer las dos actuaciones simultáneamente. Así si el perito no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor. Por otra parte,

se destaca como novedad del Código General del Proceso, respecto del dictamen pericial, que ahora se exige de manera más completa y detallada toda la información para conocer la idoneidad, experiencia e imparcialidad del perito, porque el mérito del dictamen no deviene sólo de las conclusiones, sino también de la cualificación del auxiliar, de su recorrido profesional o técnico, de la acumulación de vivencias que sabemos incrementan el conocimiento y las habilidades y de su objetividad. Se confirma que en ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Se establece un trámite especial para cuando el dictamen se practica de oficio.

En relación con la inspección judicial como medio de prueba en el nuevo Código General del Proceso, se establece que salvo disposición en contrario, sólo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba. Por otra parte, cuando alguna de las partes impida u obstaculice la práctica

de la inspección, además de imponer una multa, “se presumirán ciertos los hechos que la otra parte pretendía demostrar con ella, o se apreciará la conducta como indicio grave en contra si la prueba hubiere sido decretada de oficio”.

Con respecto a los documentos como medio de prueba en el nuevo Código General del Proceso, se consagra la presunción de autenticidad de documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución. Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo. La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo,

excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Además, debe resaltarse que en todos los casos se garantiza el debido proceso, el derecho de publicidad y contradicción de la parte contraria, porque siempre se le concede la oportunidad de revisar el documento, para tacharlo o desconocerlo.

Los únicos memoriales que requieren presentación personal en el sistema del Código General del Proceso son los poderes, porque así lo reclama el artículo 74 y exigirán autenticación los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, que al tenor del artículo 251 del Código General del Proceso, se aportarán apostillados o debidamente autenticados.

Por su parte en cuanto a los indicios como medio de prueba de acuerdo al nuevo Código General del Proceso, en la disposición especial sobre el contenido de la sentencia (artículo 280 del Código General del Proceso), tomada

del derecho comparado, se establece que el juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, en su caso, deducir indicios de ella; es decir se consagra la posibilidad de deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

En cuanto a la prueba por informe, establece el nuevo Código General del Proceso, que a petición de parte o de oficio el juez podrá solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal. Tales informes se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento por el representante, funcionario o persona responsable del mismo. Rendido el informe, se dará traslado a las partes por el término de tres (3) días, dentro del cual podrán solicitar su aclaración, complementación o ajuste a los asuntos solicitados

Respecto a la carga dinámica de la prueba, el nuevo Código General del Proceso, establece que se autoriza al juez

expresamente para aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba en los siguientes términos: “No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”. La disposición no solo autoriza al juez por iniciativa propia o pedido de parte para reasignar la carga de probar, sino que, además, ilustrativamente contiene algunos supuestos en los cuales podrá considerarse que alguien está en mejores condiciones de acreditar un determinado hecho.

Además, se hace la siguiente previsión, para evitar sorprender a última hora a las partes. Dice este inciso: “Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código”. De esta manera el juez deberá hacer la distribución mediante una providencia en la que otorgue a la parte un término suficiente para cumplir con la nueva carga que le asigna. Quedó erradicada la dañina posibilidad de considerar en la sentencia que una prueba podría haber sido aportada por una parte que inicialmente no soportaba la carga, situación que conducía equivocadamente a aplicarle el sucedáneo de prueba a quien no se le había advertido su compromiso, ni había tenido la oportunidad de alegar al juez que realmente no se encontraba en mejor posición para probar.

En relación con la prueba de oficio, el nuevo Código General del Proceso, señala que “El juez deberá

decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia” y se agrega que “Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes”.

Al respecto del rechazo de pruebas, el Código General del Proceso, establece que el juez podrá rechazar pruebas mediante providencia motivada, en la que se indique la causal de rechazo, determinación que debe notificarse para dar publicidad a la decisión. Estos autos son siempre recurribles en reposición y apelación. Según el numeral 3 del artículo 321 es apelable el auto de primera instancia “que niegue el decreto o la práctica de pruebas”:

Además, de acuerdo a lo fijado en el artículo 168, el juez debe rechazar las pruebas ilícitas por violatorias de derechos fundamentales, las notoriamente impertinentes o irrelevantes por no tener relación con los hechos del proceso, las inconducentes por no ser idóneas para probar un determinado hecho y las manifiestamente superfluas o inútiles.

Asimismo, se señala que “el juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente”. De igual forma, el juez puede utilizar sus poderes de ordenación e instrucción (artículo 43) para “Exigir a las autoridades o a los particulares la información que, no obstante haber sido solicitada por el interesado, no le haya sido suministrada, siempre que sea relevante para los fines del proceso. El juez también hará uso de este poder para identificar y ubicar los bienes del ejecutado”. Finalmente, también deberán rechazarse las pruebas inoportunas o extemporáneas, en aplicación del principio de preclusión o eventualidad que opera para los actos probatorios (artículos 164 y 173 Código General del Proceso). Procede el rechazo cuando la petición de una prueba no reúne los requisitos legales fundamentales que no sea posible entender cumplidos de otra manera.

En cuanto al deber del juez de

practicar las pruebas, el nuevo Código General del Proceso, autoriza al juez para que comisione excepcionalmente para la práctica de pruebas que deban producirse fuera de la sede del juzgado y no sea posible emplear los medios técnicos. Además, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá autorizar a determinados jueces del circuito para comisionar a jueces municipales para practicar la inspección judicial que deba realizarse fuera de su sede, por razones de distancia, condiciones geográficas o de orden público.

En referencia con las pruebas extraprocesales, el nuevo Código General del Proceso, autoriza en el artículo 190 a las partes para que, de común acuerdo, siempre que no estén representadas por curador ad litem, practiquen pruebas o deleguen su práctica en un tercero, las que deberán ser aportadas antes de dictarse sentencia.

Con respecto a la prueba de normas jurídicas locales, extranjeras y de la costumbre, se establece en el nuevo Código General del Proceso, que “la

prueba de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte, con su nota de vigencia cuando sea necesario”. La copia total o parcial de la ley extranjera podrá expedirse por la autoridad competente del respectivo país o por el cónsul de ese país en Colombia y ahora también podrá solicitarse al cónsul colombiano en ese país, punto en el que se encuentra la primera novedad con criterio facilitador.

Además, se incorpora la posibilidad de probar con dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí. Esta alternativa también opera para la prueba de ley extranjera no escrita, que podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos anotados.

Por otra parte, los documentos en

idioma distinto del castellano tienen que aportarse con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez. Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención se aportan apostillados. En el evento de que el país extranjero no sea parte de dicho instrumento internacional, los documentos deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticarán previamente por el funcionario competente del mismo y los de éste por el cónsul colombiano. Los documentos que cumplan con los anteriores requisitos se entenderán otorgados conforme a la ley del respectivo país.

CONCLUSIONES

En el nuevo Código General del Proceso, se cambia la tradicional carga de la prueba por el concepto de la “carga dinámica de la prueba”; es decir, cuando una de las partes esté en mejor posición de probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o circunstancias de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similar es. El juez podrá de esta manera distribuir la carga de la prueba al de decretar las pruebas o durante su práctica.

Con la expedición de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), se establecen más cargas para las partes con relación a la presentación de pruebas; se estimula el recaudo de pruebas fuera del proceso, unilateralmente o con citación de la contraparte. La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas,

corresponde al juez ante quien se aduzcan.

El nuevo Código General del Proceso procura por una mayor inmediación del juez en la práctica de las pruebas, lo que se refleja en las siguientes reglas: a) La ausencia del juez en las audiencias genera nulidad de pleno derecho; b) Si no puede practicarlas personalmente, podrá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia u otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción; c) Solo podrá comisionarse la práctica de pruebas en las situaciones en las que estas deban practicarse fuera del juzgado y no haya medios técnicos (de comunicación) que garanticen la inmediación, concentración y contradicción.

En cuanto al régimen de la prueba pericial, el nuevo Código General del Proceso establece que: a) El dictamen debe presentarse en la oportunidad para aportar pruebas, salvo cuando se solicite al juez un término adicional de diez días para presentarlo; b) Los peritos podrán ser citados a la audiencia de instrucción y juzgamiento para que estos sean

interrogados por el juez y las partes (sobre su idoneidad y contenido del dictamen); c) La no asistencia del perito a la audiencia tendrá como consecuencia la falta de validez del dictamen, salvo en determinadas excepciones; d) Los peritos no requerirán estar inscritos en lista oficial; e) El juez deberá designar de oficio preferiblemente a instituciones especializadas de reconocida trayectoria e idoneidad para la realización de peritajes. Asimismo, el dictamen deberá acompañarse de los soportes de los gastos incurridos y, en caso las que no sean acreditadas, deberán ser reembolsadas a órdenes del juzgado.

En el nuevo Código General del Proceso se adiciona la regla según la cual el juramento se entenderá como el máximo de lo pretendido y por lo tanto el juez no podrá reconocer suma superior a la indicada al juramento; y establece una nueva oportunidad procesal para objetar el juramento; el cual puede ser objetado por la parte contraria y si así fuere, se le concede un plazo de 5 días a la parte que hizo la estimación para que aporte o solicite pruebas.

Respecto a los documentos, el nuevo Código General del Proceso, extiende a todos los documentos, en original o en copia, la presunción de autenticidad a partir de la presunción de buena fe, y facilita su aportación. Por lo tanto, se presume como auténtica la copia de los documentos originales, emanados por las partes o por terceros, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

Finalmente, se resalta la ampliación que se da en el nuevo Código General del Proceso, al alcance de las pruebas por informes, las cuales pueden ser solicitadas a petición de parte o de oficio el juez a cualquier entidad pública o particular, sobre hechos, actuaciones, cifras, o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe (sin que se obligue a los requeridos a revelar información reservada por disposición legal).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bentham, J., Rationale of Judicial Evidence..., cit., vol. VI, p. 208;
Raznovich, Leonardo Javier, The

- relationship between evidence, fact-finding and outcomes, Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy, University College Oxford, Oxford, 2004
- Cabañas García, Juan Carlos. (1992). La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Estudio dogmático y jurisprudencial, Trivium, Madrid.
- Canosa Suárez, Ulises. (2012). Código General del Proceso - Aspectos Probatorios. Jurisprudencia Unirosario.
- Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección "A" CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, del 20 de septiembre de 2007, Radicación 25000-23-25-000-2004-05226-01(0864-07)
- Couture, Eduardo J. (1962). Fundamentos del derecho procesal civil. 3ª. ed.; Buenos Aires, Argentina. Ed. Depalma.
- Couture, J. Eduardo. (2002). Fundamentos de Derecho Procesal Civil, 4ª ed., Montevideo, Editorial B de F.
- Decreto Número 1400 de 1970. Código de Procedimiento Civil.
- Dellepiane, Antonio. (1961). Nueva Teoría de la Prueba. Editorial Temis, Bogotá.
- Devis Echandía, Hernando. (1970). El objeto de la Prueba Judicial. Editorial Porrúa, S.A.
- Devis Echandía, Hernando. (2000). Compendio de la Prueba Judicial. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires.
- Hinostroza, Alberto. (1999). La Prueba en el Proceso Civil. 2º Edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima.
- Leguisamon, Héctor Eduardo. (2001). *Lecciones de Derecho Procesal*, ed. Depalma, Buenos Aires.
- Ley 1564 de 2012. Código General del

Proceso.

Paredes, Paul. (1997). Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral. ARA Editores. 1º Edición. Lima.

Sentís Melendo, Santiago. (1979). La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio, Ejea, Buenos Aires.

Roxin, Claus. (2000). Derecho procesal penal.

Taruffo, Michele. (2011). La Prueba de los Hechos. Editorial Trotta.

5 SUSTITUCIÓN Y REFORMA CONSTITUCIONAL . ANÁLISIS A PARTIR DEL ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LOS TRIBUNALES DE ALEMANIA, ITALIA, Y LA INDIA-

SIRLEY JULIANA AGUDELO IBÁÑEZ Y ELICEO ORDOÑEZ MELO

Resumen: El presente trabajo aborda el control de constitucionalidad a las reformas de la Constitución Política, a partir de la protección de su identidad, específicamente el juicio de sustitución como lo denominó la Corte Constitucional de Colombia. Se analiza los fundamentos de la teoría, realizando un análisis jurisprudencial de los tribunales de Alemania, Italia, y la India, quienes han desarrollado posturas similares a través del estudio de los límites implícitos, valores y principios supremos, la identidad constitucional y la estructura básica de la Constitución

Palabras Claves: Sustitución, Constitución, reforma, límites implícitos, Control Constitucional, principios y valores, identidad constitucional.

Abstract: This paper addresses the control of constitutionality to the constitutional reforms, from the protection of the constitutional identity, specifically the replacement judgment call by the constitutional Court of Colombia. The fundamentals of the doctrine are analyzed by performing a jurisprudential analysis of the courts of Germany, Italy and India, who have developed similar positions through the study of implicit limits, supreme values and principle the constitutional identity and the basic structure of the constitution.

Key Words: replacement , constitution, reforms, implicit limits, control of constitutionality , values and principle, the constitutional identity.

Introducción

La aplicación del juicio de sustitución en el control a las reformas de la Constitución Política de 1991, desató en Colombia una avalancha de críticas, por considerar que la Corte se extralimita en sus funciones, toda vez que el constituyente no estableció límites materiales al poder de reforma.¹ El presente artículo analiza los fundamentos de la teoría de la sustitución, a partir del

estudio de jurisprudencia de los tribunales de Alemania, Italia, y la India, quienes han desarrollado posturas similares a través del análisis de los límites implícitos, valores y principios supremos, la identidad constitucional y la estructura básica de la Constitución. El método de investigación utilizado en el desarrollo de este proyecto es el método teórico hermenéutico, de análisis documental y síntesis. Para el efecto, se analizó jurisprudencia de casos concretos, en relación a las reformas constitucionales, con el objetivo de identificar las diferentes perspectivas desde las cuales han asumido el estudio de los límites materiales, la competencia del poder de reforma y su alcance en el control. Temas estos, inescindibles al hablar de sustitución constitucional. El análisis igualmente recaerá sobre la normatividad constitucional de los Estados estudiados, y los aportes doctrinarios referentes al tema, aunque no con la misma profundidad del entorno jurisprudencial. Esta investigación permitirá identificar que el Juicio de sustitución, no es una doctrina aislada de creación jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana, sino que está ligada a posturas propias del activismo judicial desarrollado por Tribunales Europeos y la Corte Suprema de la India, haciendo parte del

constitucionalismo contemporáneo.

El artículo inicia con el análisis de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana sobre el Juicio de Sustitución, a continuación se examinará la jurisprudencia constitucional de cada uno de los Estados objeto de estudio, para avanzar hacia la identificación de las similitudes y diferencias de las tesis adoptadas, con la teoría de la sustitución, y finalmente emitir las conclusiones.

El juicio de sustitución y la identidad constitucional en Colombia

La jurisprudencia hasta el año 2003 giró en torno a las acciones de inconstitucionalidad interpuesta por los ciudadanos en contra de los Actos Legislativos, pues desde la promulgación de la Carta Política y hasta el año en mención, las 17 reformas realizadas, se tramitaron por medio de este mecanismo. Durante esta etapa la Corte Constitucional sostuvo que su competencia para ejercer el control se limitaba a verificar el procedimiento, tal como lo indica el art. 241 numerales 1 y 2 y el art. 379 de la Carta Política; estableció los parámetros normativos para ejercer el control de constitucionalidad y discutió el

alcance de su competencia para revisar los actos legislativos, limitando su estudio a los vicios aducidos en la demanda.²

En la sentencia hito C-551 de 2003, con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, estudió en virtud del control automático, la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 “Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”³, convocatoria de iniciativa gubernamental, que desplegó en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, una avalancha de estudios tendientes a justificar su competencia para realizar juicios de sustitución de la Constitución, debatiéndose temas como la diferencia entre poder constituyente y poder constituido, límites al poder de reforma, existencia de cláusulas intangibles y principios estructurales de la Constitución. Discusiones que en los últimos años han cumplido un papel muy importante en el desarrollo del Derecho Constitucional Colombiano.

Con este pronunciamiento la Corte dio un viraje al control de los actos de reforma constitucional, y empezó a examinar la competencia del poder de reforma, adoptando la teoría de la sustitución de la

Constitución como vicio competencial. Al implementar dicha teoría parte de dos presupuestos básicos: la no autorización para reemplazar, sustituir o derogar la Constitución vigente, permitiendo el artículo 374 tan sólo su reforma, y la clásica distinción entre poder de reforma como poder constituido, que debe actuar conforme a los parámetros establecidos, y el poder constituyente como titular de la soberanía. Manifestó así, que el poder constituyente es quien puede darse un nuevo ordenamiento constitucional, y el poder de reforma no puede usurpar la soberanía popular y desconocer la identidad constitucional plasmada en sus principios y valores. Indicó en esta oportunidad, que si bien la Constitución Política de 1991, no consagra expresamente límites materiales al poder de reforma, toda Constitución democrática aunque no contemple cláusulas pétreas e intangibles, los impone, por ser este un poder constituido y derivado.

En estos términos resaltó que al modificarse la Constitución “... debe conservar su identidad en su conjunto y desde una perspectiva material, a pesar de las reformas que se le introduzcan”⁴ (p. 103), así, el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto sin

que supongan una sustitución de la Constitución vigente, pues no se pretende la intangibilidad de ciertas disposiciones, sino la protección de la “identidad constitucional”, por lo tanto, cualquier artículo se puede alterar siempre que con ello no se derogue la esencia misma de la Constitución. Explicó que la sustitución puede ser total o parcial, siendo incompetente el poder de reforma para reemplazar el texto vigente en su totalidad o derogar aspectos que hacen parte de su identidad constitucional, y sin los cuales no se concibe la continuidad del ordenamiento vigente, situación que desnaturaliza el acto de reforma. Citó como ejemplo el hecho de pretender eliminar el principio de Estado Social de Derecho, estipulado en el Ordenamiento Constitucional Colombiano.

Desde la adopción de la teoría, se presenta cierta confusión al evidenciarse el interés de la Corte por demostrar que el juicio de sustitución no implica un control material del acto de reforma constitucional, pretendiendo encasillarlo como un vicio formal de carácter procedimental.

Posteriormente mediante sentencia C-1200 de 2003, la Corte Constitucional advierte los peligros que comporta dicha

tesis: la petrificación de la Constitución y el subjetivismo del juez. En consecuencia, matiza la doctrina adoptada inicialmente, e indica que el juicio de sustitución bajo ninguna concepción implica un control de fondo, toda vez que no existen límites materiales implícitos a la reforma constitucional, y si bien los principios fundamentales o definatorios de una Constitución son importantes para establecer su identidad, no son intocables, no siendo el objetivo la inmutabilidad de principios y valores, sino la vigencia de la Constitución modificada.

La aplicación de la teoría de sustitución, se realizó en la sentencia C-1040 de 2005, al declarar la existencia de un vicio competencial por sustitución de la Constitución en revisión de la reforma que permitió la reelección presidencial en Colombia. En esta oportunidad, declaró ajustado a la Constitución el Acto Legislativo No. 02 de 2004, que permitió la reelección inmediata del Presidente de la República, salvo el aparte contenido en el inciso tercero del párrafo transitorio del artículo 4º del citado Acto Legislativo. Dicha disposición establecía que “Si el Congreso no expidiere la ley en el término señalado o el proyecto fuere declarado

inexequible por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, en un plazo de dos (2) meses reglamentará transitoriamente la materia”⁵.

La inexecutableidad de esta disposición, establece la primera aplicación práctica de la teoría del juicio de sustitución, pues si bien en anteriores oportunidades la Corte se había pronunciado, sus decisiones fueron inhibitorias por incumplimiento de la carga argumentativa del demandante,⁶ o resolvió que no se configuró un vicio competencial del poder de reforma.⁷ Establece así, que se presenta sustitución de la Carta Política, cuando mediante un acto de reforma constitucional, sea de manera parcial, total, permanente o temporal, se reemplaza un elemento o elementos definitorios de la esencia de la Constitución, por otros u otro distinto, señalando que ello no obsta para suponer que estos elementos esenciales no puedan ser modificados, por cuanto en el régimen constitucional colombiano no existen cláusulas pétreas e intangibles. En este orden enunció:

El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento **definitorio de la esencia** de la

Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, **es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente.**

Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991.”(Acción de Constitucionalidad, C-1040 de 2005, p. 2) (Resaltado fuera del texto)

Al abordar el cargo en estudio, la Corte adujo que la disposición acusada reemplazaba temporalmente al Congreso de la República y eludía el control constitucional que le corresponde ejercer sobre las Leyes Estatutarias, introduciendo en la Carta Política una figura inconciliable con los elementos definitorios de su identidad, como la división del poder público y la supremacía de la Constitución, en efecto, observó que se establecía un poder legislativo carente de control y sin origen, composición y funcionamiento democrático:

A la postre, en sentencia C- 153 de 2007, arguyó que mediante una reforma es posible derogar mandatos o principios fundamentales que suponga la transformación dramática de algunas instituciones

constitucionales o que contradiga su tradición, sin que por ello el poder de reforma este facultado para que incurra en una sustitución del modelo constitucional vigente, es decir, la transformación del modelo jurídico político. Esta posición se aleja de los postulados adoptados en el primer pronunciamiento, sentencia C-551 de 2003, en donde admitió la existencia de límites implícitos y el deber de garantizar los principios y valores constitucionales. La Corte Constitucional es enfática al señalar que su control no es material, replicando los argumentos de la sentencia C-1200 de 2003, reiterados en las sentencias C- 970 y 971 de 2004 y C-1040 de 2005.

No obstante, los anteriores pronunciamientos que parecieran desmontar la teoría de la sustitución, mediante sentencia C-558 de 2009, en el marco del control de constitucionalidad del Acto Legislativo No. 01 de 2008 “Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”⁸, con ponencia del magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, declaró la inexequibilidad total de la reforma por sustitución parcial y temporal de la Constitución Política. Este pronunciamiento representa un avance en la construcción de la teoría, pues estudió otras

figuras por medio de las cuales se podría llegar a una eventual sustitución, explicando el significado desupresión, quebrantamiento y suspensión de la Constitución. Bajo estos argumentos amplió el campo de aplicación del juicio y estableció los requisitos que debe tener una reforma para ser considerada como tal; se refirió a la modificación tácita, como figura utilizada para evadir el procedimiento agravado que implica una reforma constitucional, anotando que estos conceptos escapan al alcance competencial del poder de reforma y desnaturalizan su función.

Retomó en la anterior providencia, la importancia de los principios y valores que componen la identidad constitucional, reconociéndolos como una limitación política y axiológica, al encontrarse intrínsecamente relacionados con los fines del Estado, y sin los cuales se “cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser”(Acción de Constitucionalidad, C-588 de 2009). Resolvió que la reforma configuraba una sustitución parcial de la Constitución, al introducir una excepción que despojaba al régimen de carrera administrativa, del principio de mérito y concurso público, los

cuales informan otras disposiciones constitucionales como la igualdad, la imparcialidad y el derecho de todos los ciudadanos de acceder a cargos, y la eficacia en la administración pública.

Finalmente, mediante sentencia C-141 de 2010, al ejercer el control de constitucionalidad sobre una ley que convocaba a referendo de iniciativa popular, para reformar el Art 197 de la Constitución Política, tendiente a permitir un segundo periodo de reelección para el Presidente de la República, determinó que si bien el pueblo es el titular de la soberanía, cuando actúa en virtud de los mecanismos de reforma constitucional, debe hacerlo dentro de los límites procedimentales y competenciales establecidos, careciendo de competencia para sustituir la Constitución Política. Explicó así, que no se puede calificar en este evento su actuación como expresión del constituyente, máxime, cuando el procedimiento seguido para la aprobación del referendo implica que el Congreso mediante una ley incorpore la convocatoria, viéndose expuesta la propuesta del grupo de ciudadanos a circunstancias que alteren y desconozca su voluntad. Estableció que el único mecanismo previsto en la Constitución de

1991, que no está sujeto a límites competenciales, es la Asamblea Nacional Constituyente, siempre que sea convocada para emitir una nueva Constitución, advirtiendo, que aun en dicho evento existen límites, los cuales no emanarían de la Constitución sustituida, sino de las normas imperativas de derecho internacional y los convenios internacionales de derecho humanos.

Al referirse a los postulados del juicio de sustitución, reiteró los expresados en la sentencia C-551 de 2003, y aceptó que el poder de reforma, sea el pueblo cuando actúa como tal, o el congreso, por ser un poder constituido tiene límites materiales. Determinó en este pronunciamiento, que la reforma constituía un quebrantamiento o ruptura de la Constitución por cuanto la reelección inmediata por segunda vez, conllevaba a un tercer mandato presidencial, que suponía la concentración y permanencia en el poder por doce años de una misma persona, sustituyendo ejes estructurales de la Constitución Política, tales como el principio de separación del poder público, el sistema de frenos y contrapesos, la regla de alternación y períodos preestablecidos, el derecho de igualdad, el carácter general y abstracto de las leyes.

La Corte tomó una posición totalmente contraria a la indicada en la sentencia C-1040 de 2005, cuando al referirse a la reelección inmediata del Presidente, indicó que si bien ello implicaba que se consolidara por cuatro años más el poder de quien ejerce la presidencia, dicho examen de ponderación, de viabilidad y conveniencia debía realizarlo el poder de reforma, pues implicaba ejercer un control material. En la providencia donde dio vía libre a la primera reelección, no estudió el cargo que alegaba la concentración del poder en el Presidente reelegido, ahora en este pronunciamiento fundamenta la inexequibilidad en dicho cargo, advirtiendo para el efecto sus amplias atribuciones en la nominación y elección de altos funcionarios públicos.

De la jurisprudencia estudiada, se avizora que la Corte Constitucional al referirse a las disposiciones que integran la identidad de la Constitución, las ha denominado: mandatos o principios constitucionales; valores y principios del Estado Constitucional de Derecho; ejes definitorios de la identidad constitucional; principios estructurantes; elementos definitorios de la Constitución; identidad material axiológica y estructura básica de la Constitución. No obstante, y a

pesar de recibir diferentes denominaciones, en sus pronunciamientos siempre los relaciona con principios y valores, sobre los cuales descansa la identidad de la Constitución Política. En cuanto a la identificación de talas disposiciones, es preciso advertir que dicha labor es difícil realizarla en abstracto y de forma aislada, máxime cuando en ciertas ocasiones se debe apelar a los juicios de ponderación entre disposiciones esenciales, en consecuencia, la identificación se deriva de la construcción misma de la teoría de la sustitución, y de los estudios de los casos concretos, motivo por el cual debe acatar y respetar el precedente jurisprudencial, tomando como referente aquellas disposiciones que haya determinado como esenciales en sus providencias. Hasta la fecha ha señalado como elementos esenciales de la identidad constitucional, la separación del poder público; el sistema de frenos y contrapesos; el sistema Presidencial de Gobierno, el derecho de igualdad, el principio de meritocracia en la carrera administrativa, la supremacía constitucional, la independencia y autonomía de la Jueces de la República. Disposiciones estas, que individualiza partiendo de la concepción del Estado Social de Derecho y de los principios indicados en el artículo 1 de la Constitución Política de

1991.

Análisis jurisprudencial de los tribunales de Alemania, Italia, y la India,

Siguiendo con la estructura planteada para el desarrollo del artículo, se hace necesario estudiar el control a la reforma constitucional en los Estados de Alemania, Italia y la República de la India, tendiente a establecer las similitudes y diferencias de las tesis adoptadas, con el juicio de sustitución realizado por la Corte Constitucional Colombiana.

Núcleo Intangible de La Ley Fundamental de Alemania

La Ley Fundamental para la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949 (*Grundgesetz*), regula en el artículo 79, el procedimiento de su reforma. En el numeral tercero, impone límites al señalar que “Será ilícita toda modificación de la presente ley en virtud de la cual se afecte a la división de la Federación en Estados, o los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los Arts. 1 y 20.” En estos términos, consagra la intangibilidad de la

forma de gobierno federal democrático y social y el principio de participación de los Estados -Länder- en la legislación, los principios de la soberanía popular, el derecho de resistencia, la dignidad humana, y los derechos fundamentales inherentes al hombre como base de toda sociedad, de la paz y de la justicia.

El Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) identifica tales disposiciones como principios estructurales del Estado, que conforman la esencia e identidad de la Constitución, estableciendo el llamado núcleo intangible que escapa al poder de reforma. Se observa así, un importante desarrollo jurisprudencial referido a la identidad constitucional, estudiado a la luz del valor de la dignidad humana, como núcleo determinador de los derechos fundamentales, a partir del cual se facultó para realizar un amplio control material a las reformas constitucionales, y a las diferentes disposiciones de integración a la Unión Europea.

Refiriéndose a la jurisprudencia alemana que estudia la integración hacia la Unión Europea, Ragone (2013) expone la tensión existente entre la aspiración política del proceso de integración y la protección de la

identidad constitucional de los Estados miembros. Señala los límites jurisprudenciales que el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) ha impuesto a dicho proceso, los cuales se encuentran en la Sentencia de Lisboa 2009:

I): el primero se refiere al respeto a la caracterización de Alemania como un Estado soberano (su estatalidad); a ello vinculado estaría el respeto a su identidad constitucional, que en el caso de Alemania, se identifica con el núcleo constitucional intangible del Art. 79.III GG⁷; y finalmente y también como concreción de dicha identidad constitucional, aparece el límite del respeto al principio democrático tal y como está configurado en la Grundgesetz alemana⁸ y, en particular, del núcleo esencial de los derechos fundamentales reconocidos en ella⁹. (Ragone, 2013, p. 394)

El proceso de integración se ha realizado bajo la garantía de la continuidad constitucional y el respeto de su identidad. A continuación se expondrá los principales pronunciamientos que estudian el núcleo de intangibilidad constitucional: el control de

constitucionalidad al tratado de Maastricht en 1993, y aquellos que limitan derechos fundamentales, específicamente el derecho al asilo político en 1996, y la vigilancia secreta acústica de vivienda en 2004.

BVerfGE 89, 155 – Maastricht. Sentencia de la Sala Segunda de 12 de octubre de 1993. Los accionantes impugnan el tratado alegando que el transferir competencias esenciales del Parlamento Federal Alemán a las instituciones de las Comunidades Europeas⁹, desconocía los principios fundamentales estipulados en el art. 20, así como en el art. 38 párr. 1 y 2 de la Ley Fundamental, los cuales conceden a todo ciudadano el derecho a elegir y ser representados democráticamente en el Parlamento Federal Alemán, e incidir en el ejercicio del poder del Estado. Advertían que la soberanía del Pueblo Alemán era transferida a un órgano supranacional, desconociendo los mandatos de intangibilidad estipulados en el artículo 79 de ley Fundamental.

El Tribunal *-Bundesverfassungsgericht-* estudió el tratado de Maastricht, y sentó las bases de la relación entre el derecho constitucional y el naciente derecho europeo, identificó como puntos nodales de

dicha discusión: la tensión entre el principio democrático y la soberanía del ordenamiento jurídico interno. Resaltó que no podría ignorarse que la vinculación por un término a largo plazo a la Unión Europea, se realizó mediante un tratado internacional, aprobado por la voluntad soberana de Alemania, quien puede igualmente renunciar por medio de un acto opuesto. Adujo que la aplicación del Derecho Europeo en Alemania se condiciona al mandato de aplicación jurídica derivado de la ley de autorización de la ratificación, estando obligado a respetar la identidad nacional de cada Estado miembro de la unión.

En este sentido, expresó que los límites de intangibilidad impuestos al poder de reforma constitucional, vinculan el proceso de integración hacia la Unión Europea por mandato del mismo tratado y acorde a lo establecido por la Grundgesetz Alemana:

(...) el Tratado crea una confederación europea de Estados que se apoya en los Estados miembros y respeta su identidad nacional; concierne a la integración de Alemania en organizaciones supranacionales, y no se refiere a su pertenencia a un

Estado europeo (II.1). Las funciones de la Unión Europea y las competencias que se le otorgan para su ejercicio se regulan de forma suficientemente previsible, de manera que se respeta el principio de atribución singular y limitada de competencias, no se crea una competencia sobre las competencias de la Unión Europea y se hace depender la asunción de nuevos poderes y competencias por la Unión Europea y las Comunidades Europeas de complementos y reformas del Tratado, de manera que la decisión de aprobación se reserva a los Parlamentos nacionales (II.2). (BVerfGE 89, 155 Sentencia de la Sala Segunda de 12 de octubre de 1993, p. 28)

Señaló así, que el principio democrático es parte esencial del Estado Alemán, por lo tanto el mismo y sus elementos constitutivos, como los derechos fundamentales deben ser respetados, correspondiendo al Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) ser el garante de dicho mandato, pues Alemania se debe reservar para sí la soberanía estatal, como la competencia sobre la competencia,

y en general cada uno de los Estado Miembros de la correspondiente unión, advirtiéndole que las competencias otorgadas a las Instituciones supranacionales, se deben regir bajo el principio de subsidiaridad .

c5) Cuando las acciones y medidas comunes de acuerdo con los Títulos V y VI del Tratado de la Unión obligan internacionalmente a los Estados miembros a injerencias relevantes en los derechos fundamentales, todas estas injerencias pueden ser completamente controladas por la jurisdicción alemana cuando se realizan en Alemania. A la protección de derechos fundamentales en la Ley fundamental no se sobrepone el derecho supranacional, que podía reclamar la primacía. (BVerfGE 89, 155 Sentencia de la Sala Segunda de 12 de octubre de 1993, p. 24)

En esta medida indicó que los derechos a la representación democrática e intervención en la política estatal, resultarían lesionados en el evento que se transmita el ejercicio de las competencias del Parlamento Federal Alemán a instituciones de la Unión Europea o de las Comunidades Europeas integradas por los Gobiernos, sin que se

cumplan las exigencias mínimas irrenunciables de la legitimación democrática de la soberanía frente a los ciudadanos, acorde se establece en el art. 20 párr. 1 y 2 en relación con el art. 79 párr. 3 LF. En efecto, el art. 23 párr. 1 LF faculta al legislador federal, para transmitir ejercicio propio de potestades soberanas a la Unión Europea, hasta el límite señalado por el art. 79 párr. 3 LF.

Advirtió que el tratado si bien altera las condiciones de la democracia Alemana, al transferir competencias limitadas a organismos de la Unión Europea, es una consecuencia del proceso de integración, que no toca el núcleo del principio, encontrándose en concordancia con el núcleo de intangibilidad de la Ley Fundamental (Grundgesetz), respetando el límite competencial estatuido por el constituyente Alemán.

BVerfGE 109, 279 [Vigilancia acústica del domicilio particular]. Sentencia de la primera sala, del 30 de marzo, 2004—. En virtud de la reforma constitucional realizada al Art. 13, párrafo 3 de la Ley Fundamental, el Tribunal analizó la restricción al derecho a la intimidad, relacionada con la inviolabilidad del domicilio y la dignidad

humana, disposiciones que hacen parte del núcleo de intangibilidad constitucional sustraído a la reforma por el art. 79.3 de la Ley fundamental. Invocaban los accionantes que la vulneración se daba al permitir previa orden judicial, la implementación de medios acústicos instalados en viviendas donde estuviesen sospechosos de delitos graves, para combatir la criminalidad y ejercer la persecución penal.

El Tribunal estudió al alcance de la competencia del poder de reforma frente a las cláusulas de intangibilidad, y reiterando los fundamentos de la sentencia BVerfGE 94, 49 de 1996¹⁰ determinó:

a) El art. 79 párr. 3 LF prohíbe reformas constitucionales mediante las cuales se vean afectados los principios anclados en los arts. 1 y 20 LF. Forman parte de ellos el mandato de respeto y protección de la dignidad humana (art. 1 párr. 1 LF), pero también la declaración a favor de derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, la paz y la justicia (art. 1 párr. 2 LF). En relación a la remisión que hace el art. 1 párr. 3 LF a

los derechos fundamentales subsiguientes, sus garantías no pueden en lo esencial ser limitadas por el legislador, en la medida en que ellas son irrenunciables para preservar el ordenamiento correspondiente con el art. 1 párr. 1 y 2 LF (vid. BVerfGE 84, 90, 121). Igualmente deben respetarse los elementos fundamentales del principio del Estado de Derecho y del Estado social que salen a relucir en el art. 20 párr. 1 y 3 LF.

El art. 79 párr. 3 LF constituye una norma de excepción que debe ser interpretada de manera restrictiva, y que no impide al legislador de reforma de la Constitución que modifique las concreciones jurídico-positivas de estos principios por motivos razonables (vid. BVerfGE 84, 90, 120 s.; 94, 49, 102 s.). El Tribunal Constitucional Federal tiene que respetar la competencia del legislador de reforma constitucional para cambiar algunos derechos fundamentales, limitarlos e incluso derogarlos, mientras no toque los principios consagrados en los arts. 1 y 20 LF. No está prohibido que el legislador haga modificaciones a las concreciones jurídico-positivas de

estos principios que tengan lugar por motivos razonables (vid. BVerfGE 94, 49, 103 s.). Debe determinarse de manera autónoma, a través de la interpretación de cada una de las normas de los derechos fundamentales, aquello que, en el marco de cada derecho fundamental, forme parte del contenido de garantía del art. 1 párr. 1 LF. (BVerfGE 109, 279 [Vigilancia acústica del domicilio particular]. Sentencia de la primera sala, del 30 de marzo, 2004, p388-389)

El Tribunal dejó sentando que el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental, es una norma de excepción y la misma no prohíbe al legislador constitucional modificar atendiendo motivos proporcionados, la forma en que dichos principios han sido expresados en el orden jurídico positivo siempre que se respete su esencia. En este sentido, señaló que el espiar a alguien no provoca simultáneamente el desconocimiento de su valor como persona, pues la vigilancia de las viviendas debe contener la garantía de la dignidad humana, esto es, respetar el núcleo intangible de la configuración de la vida privada, pues de no hacerlo se lesionaría la libertad otorgada a toda persona para desarrollarse un sus

asuntos personalísimos. Por lo tanto, la reforma debe ser concebida en el sentido de que su desarrollo legal excluye la recopilación de información cuando se penetre en el ámbito intangible de la configuración privada de la vida.

Precisó así, que la dignidad humana como valor supremo, se encuentra materializada en los derechos fundamentales, y se constituye en el límite o núcleo intangible de cada derecho, el cual escapa al poder de reforma y al mismo legislador.

Continuidad y permanencia del orden vigente. De los extractos jurisprudenciales citados, se observa que el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), es claro al indicar que el núcleo intangible de la ley fundamental de Bonn, se refiere a los principios contenidos en los Artículo 1 y 20, más no al desarrollo positivo de las normas que lo consagran, tal es así, que en el año 2006, se realizó una profunda modificación a la forma de Estado Federal. Gutiérrez (2006) tratando el tema, anotó que la Ley Fundamental de Bonn ha sido reformada por quincuagésimo segunda vez en cincuenta y siete años de vigencia, lo cual explica como

lo indica Lothar (2006), que su modificación se limita más no se excluye, esto es, se puede hacer siempre que el principio del federalismo no se derogue o desfigure.

Frente a la protección de los derechos fundamentales, para el Tribunal es totalmente válido controlar una reforma constitucional a la luz de la protección de la dignidad humana, determinando de qué manera se encuentra garantizado este principio supremo en el derecho fundamental afectado con la reforma, en estos términos, se identifica dicho principio como el núcleo determinador de los derechos fundamentales, y en consecuencia al ser afectado se entra en plena contradicción con lo indicado en el Art. 79. 3 que consagra su inviolabilidad.

Lo que el Tribunal Constitucional Federal, denomina identidad del ordenamiento constitucional de la República Federal de Alemania, Tomuschat (citado por Polakiewicz, 1994) lo califica como *Grundphilosophie der Staatlichkeit*, disposición que traduce: filosofía fundamental de la estatalidad, haciendo referencia a la esencia del ordenamiento constitucional. La doctrina indica frente a la posición adoptada por la jurisprudencia, que

bajo la protección de los principios intangibles el Tribunal ha extendido ampliamente su competencia para controlar la materia de las leyes de reforma constitucional, adoptando una postura activista. Herdegan (2005) manifestó al respecto que la Corte Constitucional convirtió la cláusula de intocabilidad de la Ley Fundamental, en una base para un control bastante extenso de actos reformativos de la Constitución. Así, la Corte Alemana afirma que tanto el poder constituyente original, como el poder reformativo “no pueden desconocer exigencias elementales de justicia”, en particular la prohibición de la arbitrariedad¹¹(p.15)”

Por su parte Carbonell (2000) indicó que en el pronunciamiento sobre el tratado de Maastrich, el Tribunal condicionó la evolución del ordenamiento constitucional germano al respeto del núcleo esencial del orden constitucional creado de 1949. Así mismo, Konrad (citado por Hernández 2006) refiriéndose a las cláusulas de intangibilidad, señaló que al ser inadmisibles reformas que afecten los principios formulados en los arts. 1 y 20 de la L.F., estos resultarían perturbados por cualquier modificación ya que “todos los derechos fundamentales

constituyen parte esencial de tales principios, de forma tal que su eliminación suprimiría aquellos mismos principios y el ordenamiento construido sobre los mismos”(p. 473)

Acorde a lo expuesto, se observa que el Tribunal Constitucional Federal es competente para controlar materialmente cualquier acto de reforma a la Luz del núcleo de intangibilidad y declarar la inconstitucionalidad de aquellos que pretendan derogar principios intangibles. Principios que se encuentran establecidos no sólo en las cláusulas que expresamente los consagra, sino que los mismos están desarrollados a lo largo de todo el cuerpo constitucional y relacionados sistemáticamente con otras disposiciones. El Tribunal ha sido enfático al declarar que no podría aniquilar la competencia del poder de reforma, quien puede realizar modificaciones a cualquier disposición de la Ley fundamental, incluyendo los principios intangibles, siempre que no afecte el núcleo esencial, por lo tanto, el desarrollo positivo de estos no se excluye sino se restringe. En este sentido, el concepto de intangibilidad y clausula pétreas, no debe entenderse para el caso Alemán como la inmodificabilidad o petrificación de las

disposiciones, se debe concebir, como una garantía para la continuidad y permanencia del orden vigente, las cuales pueden ser modificadas, más no sustituidas.

Principios supremos del ordenamiento constitucional italiano

[T64](#)La Constitución Italiana de 1947, prevé su propia reforma en el Título VI de las Garantías Constitucionales, los actos de reforma se denominan leyes constitucionales de revisión y se encuentran regulados en el Art. 138 del mencionado título. Guastini (2001) señala que se trata de una Constitución rígida, pero no “muy” rígida, pues (...) no se requiere sino una doble votación por parte —debe notarse— del mismo Parlamento, dentro de la misma legislatura.”

En el constitucionalismo Italiano se consagran límites materiales explícitos y no explícitos a la revisión constitucional, en cuanto a los primeros, el artículo 139 de la Constitución establece la prohibición de modificar la forma republicana del Estado, al disponer que “La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional.”, siendo una cláusula pétrea e intangible. Refiriéndose al mencionado

artículo Guastinni (2001), indica que es un límite expreso, sin que por ello se pretenda petrificar la disposición, siendo válido modificar ciertas características, como ampliar o reducir el tiempo de mandato del jefe de Estado, señala así, que el sistema republicano se determina por ser limitado y temporal, estando vedado eliminar dichas características esenciales. De esta forma, y siguiendo la postura del Tribunal Alemán, explica que lo sustraído a la reforma son los principios que dicha disposición contiene, esto es, no se podría derogar los principios de electividad y temporalidad. No obstante, advierte el autor que la Corte por vía jurisprudencial, lo ha calificado como un límite insuperable y por tanto no admite ninguna modificación.¹²

En lo atinente a los límites implícitos, la Corte Constitucional de Italia aduce que cuando el artículo 139 de la Constitución prescribe la prohibición de reformar el sistema republicano, a su vez, garantiza los derechos inviolables del hombre, y por tanto no se podría modificar los artículos que avalan los derechos fundamentales, pues de contera se estaría afectando la noción de república. Esto es, mediante una interpretación extensiva, señala la prohibición de derogar el principio de

democracia, las disposiciones que garanticen su vigencia y los derechos inalienable de las personas (art. 2 Constitución Italiana¹³), anotando que debido a la conexidad que existe entre dichas disposiciones y el sistema republicano, no sería válido una ley constitucional que pretenda desconocerlos o subvertirlos.¹⁴ En este aspecto indica Caja (2004) que la jurisprudencia Italiana fija un límite implícito textual.¹⁵

La Corte en su jurisprudencia reconoce la existencia de un núcleo fundamental, conformado por principios supremos, los cuales constituyen verdaderos límites materiales al poder de reforma:

La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de reforma constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de reforma constitucional, como la forma republicana (artículo 139 constitucional), como los principios que, a pesar de no estar mencionados expresamente entre aquellos no sujetos

al procedimiento de reforma constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana. Esta Corte, por lo demás, ya ha reconocido en numerosas decisiones cómo los principios supremos del ordenamiento tienen una valencia superior respecto a las otras normas o leyes de rango constitucional, ya sea cuando ha entendido que también las disposiciones del Concordato, las cuales gozan de la particular ‘cobertura constitucional’ establecida en el artículo 7o. párrafo segundo constitucional, no se sustraen a su comprobación con los ‘principios supremos del ordenamiento constitucional’ (ver sentencias 30 de 1971, 12 de 1972, 175 de 1973, 1 de 1977, 18 de 1982), ya sea cuando ha afirmado que la ley de ejecución del Tratado de la CEE puede ser sujeto del control de esta Corte ‘en referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana’ (ver sentencia 183 de 1973, 170 de 1984). No se puede, por tanto, negar que esta Corte es competente para juzgar la

conformidad de las leyes de reforma constitucional y de las otras leyes constitucionales es también en relación a los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si no fuera así, por lo demás, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo en relación a sus normas de más elevado valor. (Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 1146 / 1988. Citada por Guastini, R. (2001), 208-209)

Declaró así, su competencia para controlar que una modificación no pretenda derogar los principios supremos, pues sería alterar la identidad y continuidad de la Constitución, expresión del poder constituyente. Con todo, para la Corte la prohibición de reforma no recae sobre las disposiciones constitucionales que los contienen, sino, sobre su núcleo esencial. Los argumentos expuestos fueron reiterados en la sentencia No. 203 de 1989, (considerando No. 3, párrafo 1º), en dicha oportunidad, identificó la laicidad del Estado como un principio supremo del constitucionalismo, señalando que tales disposiciones ocupan “un valor más alto en

comparación con otras normas o leyes de rango constitucional.”

Un claro antecedente de esta teoría, se encuentra en la sentencia No.183 de 1973, en donde estudió la ley que aprobó el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. La Corte estableció que si bien, con el fin de lograr la integración económica y los objetivos propuestos en el tratado, es posible limitar en cierta medida la soberanía del Estado Italiano, resultaría inadmisibles una modificación al ordenamiento interno que derogue los principios supremos o los derechos inalienables de la persona humana, siendo ineludible el control de constitucionalidad, sobre la conformidad del Tratado con los referidos principios, para garantizar la continuidad del sistema constitucional.

Atendiendo la jurisprudencia citada de la Corte Constitucional Italiana, es claro que los llamados principios supremos, fundan los cimientos de la Constitución, encontrándose axiológicamente superiores a la misma y a otras normas incluso de carácter comunitario e internacional, de ahí, que se haya aplicado en el control de constitucionalidad a las fuentes externas del

ordenamiento jurídico, como al derecho canónico (ver al respecto sentencia Nos. 183 de 1973, 170 de 1984 y 232 de 1989) y sobre el proceso de integración de la Comunidad Europea (ver sentencias Nos. 30 de 1971, 12 de 1972, 175 de 1973 y 1 de 1977). La Corte por vía jurisprudencial ha identificado entre otros, como principios supremos: la unidad de la jurisdicción¹⁶; el derecho a la tutela jurisdiccional¹⁷; el principio democrático¹⁸; el principio de laicidad del Estado¹⁹.

La teoría de los principios supremos, se enmarca en el concepto de Constitución Material, tema de gran importancia cuando se habla de límites al poder de reforma constitucional. En efecto, Mortati (2000), realizando una defensa de dicho criterio, advierte que existe un contenido material - núcleo esencial - que debe ser estable y permanente, para garantizar los fines esenciales de la Constitución, los cuales no terminan en las disposiciones positivas que los consagran. Por su parte, Pegoraro (2007), señala que esta tesis se concibe dentro la teoría sustancialista, en donde la Constitución es pensada como un conjunto de valores y principios sobre los cuales descansa su esencia.

El control ejercido por la Corte Constitucional, fundamentado en la existencia del límite explícito contenido en el artículo 139, los límites implícitos que de él se deriven y la presencia de principios supremos, ha sido objeto de debate, por considerar que excedió la competencia otorgada por el artículo 134 de la Constitución. Gambiano (2007) afirma que se confirió un poder omnímodo, al ser quien establece mediante interpretación los principios supremos del ordenamiento constitucional, máxime cuando su identificación no se realiza de manera sistemática, sino esporádicamente conforme a los casos de estudio. Por otra parte Zagrebelsky (2006), defendiendo el papel del Juez constitucional, señala que “La ley de la buena vida de las constituciones es el desarrollo en la continuidad.”, para él, el instrumento normal para adaptar los cambios sociales es la jurisprudencia, concediendo a la reforma el carácter excepcional, en estos términos, explica que a cada generación le corresponde mejorar y perpetuar el legado recibido, critica así, una Constitución sujeta a constantes reformas, pues en su sentir se confunde la materia constitucional con la lucha política cotidiana, y se altera la identidad del ordenamiento

Estructura básica de la constitución política de la República de la India

La Constitución de la República de la India, en el artículo 368 regula el procedimiento de reforma constitucional, otorga la competencia al Parlamento y no consagra cláusulas pétreas e intangibles. La única restricción explícita que contiene dicha regulación, se refiere a la estructura Federal del Estado Indio, cuya reforma deberá ser aprobada por la mitad de las legislaturas de los Estados. Aun cuando no se consagran límites materiales expresos, la Corte Suprema de la India en su jurisprudencia ha señalado que el poder de reforma es limitado, y debe preservar la Constitución existente, adaptándola a los cambios históricos, sin destruir su identidad y continuidad, desarrollando la teoría de la estructura básica.

Los casos que fundaron la teoría son: la sentencia *Golaknath vs Punjab* de 1967, que formuló inicialmente la tesis del carácter limitado del poder de reforma, al indicar que el mismo no tenía competencia para modificar la parte III de la Constitución, la cual consagra los derechos fundamentales, y la sentencia *KesavanandaBharati vs El Estado de Kerala* y otros(AIRE 1,973 mil

SC 1461) en donde estableció la noción de la “estructura básica de la Constitución” como límite al poder de reforma, en un fallo histórico pronunciado el día 24 de abril de 1973.

Sentencia kesavanandabharati VS. el Estado de Kerala y otros (aire 1,973 mil sc 1461).

Antecedentes. El señor Nani Palkhivala, impugnó ante la Corte Suprema de Justicia la validez de las reformas 24 y 26 de 1971 y 29 de 1972, en sus argumentos persuadió al Tribunal Supremo para aceptar la teoría de la estructura básica, afirmando que la Constitución debía preservar su integridad en contra de las modificaciones realizadas, en este sentido, arguyó que el poder de enmienda constitucional del Parlamento no era absoluto, y se encontraba sujeto a limitaciones inherentes e implícitas que no permiten destruir las características esenciales de la Constitución y alterar su estructura básica. La mayor parte de la argumentación alegada giró en torno a la modificación No. 24, referida al artículo 368 de la Constitución, el cual contiene el procedimiento para reformar la misma.

La enmienda se emitió como respuesta a

los efectos del fallo GolakNath [1967, 2 SCR762], el cual estableció que el poder de reforma era limitado y por tanto no podía modificar la Parte III relativa a los derechos fundamentales. Con ella se pretendía afirmar el poder del Parlamento para modificar todas las partes de la Constitución, y la mención específica de ser este un poder constituyente.

Ante la reforma realizada al artículo 368 los peticionarios, entre ellos el señor NaniPalkhivala, manifestaron que:

1. El Parlamento había excedido su competencia, al pretender convertir el poder de enmienda constitucional en un poder ilimitado, facultándose para dañar o destruir los elementos básicos y las características fundamentales de la Constitución. Por lo tanto, al ser tan sólo un órgano constituido e intentar ostentar un poder ilimitado, se ha atribuido la soberanía que le pertenece al pueblo de la India.

2. La palabra modificación contenida en el artículo 368, tiene un significado limitado y no permite ningún daño o destrucción de los elementos básicos fundamentales o características esenciales de la Constitución. Enmendar o modificar significa, hacer ciertos cambios a efectos de mejorar el texto, debiéndose averiguar la verdadera

intención de los fundadores, para establecer si al conferir dicho poder al Parlamento, un organismo constituido creado por la Constitución, se otorga la competencia para dañar o destruir la base en que la misma se erigió.

3. La Constitución de la India consagra ciertas características tan básicas que no hay sociedad libre y civilizada que puede darse el lujo de vivir sin ellas.

Las otras enmiendas Nos. 25 y 29 se referían a la facultad del Parlamento para restringir el derecho a la propiedad, y la reforma agraria

Al resolver la demanda la Corte Suprema de la India tomó dos decisiones de suma importancia, de una parte, indicó que el poder del Parlamento para modificar la Constitución es amplio y puede revisar cualquier artículo del texto constitucional, incluyendo la sección III que se refiere a los derechos fundamentales, revocando el fallo *Golaknath vs Punjab* de 1967, en donde manifestó que no era competente para modificar dichas disposiciones constitucionales, y de otra parte, señaló que si bien, se permite la modificación de los derechos fundamentales, el poder de

reforma no tiene competencia para alterar la “estructura básica de la Constitución.”

En la sentencia se expone cada uno de los argumentos aportados por los Jueces frente al caso, el Tribunal estuvo conformado por trece jueces. La mayoría se integró por siete, quienes fundamentaron su decisión en la teoría de la “estructura básica de la Constitución”, entre ellos el Presidente de la Corte Suprema de Justicia S.M. Sikri. Teniendo en cuenta la importancia de esta providencia, se hará mención a las posiciones que conforman la mayoría.

Juez SikriCj. Frente a la modificación constitucional apuntó que el Parlamento es una creación de la Constitución, y por lo tanto debe actuar dentro de la competencia otorgada. Se planteó las siguientes preguntas:

¿Podemos decir que una modificación introducida por el Parlamento es una modificación introducida por el pueblo?”

“¿Puede el Parlamento en el ejercicio de sus competencias con arreglo al artículo 368 derogar las funciones básicas esenciales y un derecho fundamental como la libertad de

expresión, la libertad de la religión, o la vida? (Sentencia kesavanandabharati V. el Estado de Kerala y otros (aire 1,973 mil sc 1461)

Al responder adujo, que hay ciertas características esenciales que constituyen limitaciones implícitas al poder del Parlamento, las cuales otorgan la identidad constitucional y conforman su estructura básica. Por lo tanto, las modificaciones se deben realizar respetando dichos límites, para garantizar su continuidad, pues de lo contrario el Parlamento cumpliendo el procedimiento establecido en el artículo 368, podría reformar la Constitución para establecer el totalitarismo, esclavizar a la gente, y después de haber efectuado estos fines hacerla extremadamente rígida, no permitiendo su modificación. Advirtió que se puede modificar cualquier disposición, siempre que se realice respetando los derechos fundamentales, y dentro de los contornos generales del preámbulo, permitiendo desarrollar sus objetivos y los principios rectores, al respecto expresó:

316. El sabio Fiscal General dijo que todas las disposiciones de la Constitución son esenciales, de lo contrario no habría sido puesto en la

Constitución. Esto es cierto. Pero esto no coloca todas las disposiciones de la Constitución en la misma posición. La verdadera posición es que todas las disposiciones de la Constitución pueden modificarse siempre en el entendido de que la cimentación y estructura básica de la Constitución sigue siendo la misma. La estructura básica se puede decir que constará de las siguientes características:

“(1) Supremacía de la Constitución; (2) la forma republicana y democrática de gobierno; (3) el carácter secular de la Constitución; (4) La separación de poderes entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial; (5) El carácter federal de la Constitución.(Sentencia kesavanandabharati V. el Estado de Kerala y otros (aire 1,973 mil sc 1461)

Destacó que aun cuando el Tribunal no puede cuestionar las decisiones políticas del Parlamento, si estas decisiones políticas pretenden destruir o derogar las características esenciales de la Constitución y /o los derechos fundamentales que alteren la estructura básica, se debe impedir toda vez que su actuación ha enmarcase en el ámbito de la Constitución que pretende modificar.

Los Jueces Shelaty Grover, adoptaron estos mismos argumentos. En cuanto a la determinación de los elementos que conforman la estructura, coincidieron con los señalados por el Juez SikriCj, añadiendo a su lista la unidad e integridad de la nación. Hicieron la salvedad que la enunciación es sola ilustrativa.

Jueces K.S. Hegde y A.K. Mukherjea, Jj. Analizando el poder otorgado al Parlamento para modificar la Constitución, se interrogaron:“(...) hacer un cambio a una característica básica de la Constitución puede ser considerada simplemente como una modificación o sería, en efecto, volver a escribir una parte de la Constitución, y, si éste sería en el ámbito del artículo 368?”(Sentencia kesavanandabharati V. el Estado de Kerala y otros (aire 1,973 mil sc 1461)

Al responder afirmaron que la Constitución de la India entendida como un documento social, tiene características básicas y circunstanciales, siendo las primeras constantes y las segundas sujetas a cambios, y por lo tanto el Parlamento no tiene competencia para derogar o eliminar sus elementos básicos como la soberanía, el

carácter democrático, la unidad del país, las libertades individuales de los ciudadanos, el mandato de construir un Estado de bienestar y una sociedad igualitaria. Aclararon al respecto, que la mención de dichas características, sólo es ilustrativa, más no exhaustiva, y que las mismas deben permanecer para garantizar la vigencia de la Constitución que se pretende modificar. Advirtieron así, que no se podría utilizar legalmente la Constitución para destruirse a sí misma.

Juez P. Ramos, J. Refiriéndose a los elementos de la estructura básica, señaló que los mismos se encuentran en el preámbulo, y que al suprimir o derogar cualquiera, la Constitución no sobrevivirá y se entendería sustituida, perdiendo su identidad. Advirtió que el único que podría sustituirla es la voluntad soberana del pueblo, más no el Parlamento actuando en el ámbito del artículo 368 como un poder constituido:

“1260. (...) Dentro de estos límites, el Parlamento puede modificar todos los artículos de la Constitución. El Parlamento no puede en virtud del artículo 368 expandir su poder de enmienda y conferir a sí mismo el poder de revocar, derogar la

Constitución o dañar, mutilar o destruir cualquiera de los derechos fundamentales o elementos esenciales de la estructura básica de la Constitución o de la identidad de la Constitución(...)(Sentencia kesavanandabharati V. el Estado de Kerala y otros (aire 1,973 mil sc 1461)

Juez HrKhanna. Argumentó que el poder del Parlamento para realizar reformas constitucionales es pleno y por lo tanto no es posible alegar la existencia de límites implícitos, siendo competente para modificar cualquier artículo, incluyendo los derechos fundamentales y las características esenciales. En este sentido dilucidó que no puede invocarse la existencia de derechos fundamentales inmunes a la enmienda, pues todas las disposiciones son modificables, por cuanto dicho poder es el previsto para "...superar las dificultades que puedan surgir en el futuro en la adaptación de la Constitución.", sin embargo, resaltó que el poder de enmendar, no faculta la derogación de los derechos fundamentales y características esenciales, pues no se podría alterar la base o estructura de la Constitución, la cual debe prevalecer ante cualquier modificación realizada.

Decisión. La Corte Suprema declaró que todas las enmiendas eran válidas, por cuanto ninguna alteraba la estructura básica de la Constitución. Respecto a la enmienda 24, manifestó que la misma no había hecho ningún cambio sustancial al artículo 368, y que la expresión "poder constituyente", debía entenderse dentro de los límites y el ámbito de aplicación del poder de enmienda constitucional, considerando que se ha mantenido como estaba antes de la modificación a pesar de las alteraciones introducidas en la fraseología del artículo.

Los argumentos de los Jueces no fueron unánimes al indicar la existencia de límites implícitos al poder de reforma, ni al señalar las disposiciones que conforman la estructura básica de la Constitución, pero acertaron en afirmar que tal poder no tiene competencia para alterar, derogar o dañar dicha estructura, y por lo tanto, después de surtir el proceso de enmienda, debe entenderse como una Constitución modificada en el sentido de conservar su identidad, pues de lo contrario, la soberanía del pueblo sería usurpada por un órgano constituido, que al encontrar su existencia en la Constitución no podría destruir el fundamento de su propia competencia.

Aplicación de la doctrina de la Estructura Básica. Se han declarado inconstitucionales varias reformas que pretendían afectar la estructura básica de la Constitución, entre los pronunciamientos más destacados se encuentran la sentencia *Indira Gandhi v. RajNarain.*, A.I.R. 1975 S.C, la cual excluyó la enmienda que había validado la elección del primer ministro y pretendía exceptuar del control judicial su elección, y la sentencia *Minerva Mills Ltd. Vs. Union of India*, (1980) 3 SCC 625, en donde derogó una enmienda que suprimía todas las limitaciones al poder de reforma. Esta última constituía una respuesta del gobierno para contrarrestar los efectos de la decisión tomada en el caso *Kesavananda*, al establecer la estructura básica de la Constitución como límite competencial al poder de enmienda.

Se observa en la jurisprudencia, que la Corte Suprema busca establecer un equilibrio entre constitucionalismo y democracia, en este sentido, aduce la existencia de una estructura básica que debe permanecer, sin que ello implique la petrificación o inmodificabilidad de cláusulas constitucionales, garantizando así, al igual que en Alemania la esencia de los principios y valores que identifican el

orden constitucional vigente, y la posibilidad de reformar la Constitución adaptándola a los cambios sociales y políticos de la época.

El control ejercido por la Corte ha delimitado el llamado constitucionalismo abusivo, el cual mediante el uso de las herramientas constitucionales y bajo la potestad de un positivismo jurídico que sólo sigue procedimientos, pretende implementar reformas que menoscaban las garantías democráticas y los derechos humanos, en palabras de Roznan (citado por Verdugo 2012)“fue el poder judicial, no el procedimiento de reforma, el que salvó a India de una dictadura”. Basta con mencionar que la Constitución de la India en 60 años de existencia llevaba más de 100 reformas constitucionales, siendo una de las más modificadas (Verdugo, 2012), identificándose cierta flexibilidad que ha debido ser equilibrada con la teoría de la estructura básica para garantizar su continuidad.

Analogía de la jurisprudencia que protege la identidad constitucional

Las posiciones aducidas por los tribunales estudiados concuerdan en admitir

la existencia de una identidad constitucional, conformada por disposiciones esenciales que no pueden ser desconocidas por el poder de reforma, so pena de sustituir, derogar o destruir la Constitución vigente, derivando dicha limitación de la distinción entre poder constituyente como soberano y poder de reforma como constituido. Disienten en cuanto al alcance de la protección de los principios y valores que conforman la identidad constitucional. Es importante dilucidar que las posiciones de la Corte Italiana y la Alemana, le otorgan a dichos principios y valores un carácter supremo respecto a las demás normas constitucionales.

Alemania. La doctrina del núcleo intangible de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, sostenida por la Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), se cimienta en la protección de la parte estructural que conforma la identidad del ordenamiento constitucional. Partiendo de la existencia de cláusulas intangibles, la Corte extendió su competencia de control al poder de reforma, verificando no sólo que los aspectos identificados como intangibles se respeten, sino que de su interpretación desentrañó otros principios implícitos y necesarios para

mantener la identidad constitucional, conformando un núcleo de intangibilidad de la Constitución Política.

En este sentido, aun cuando la Constitución colombiana no consagra en el texto disposiciones intangibles, la Corte Constitucional fundamentándose en la no autorización para su derogación o sustitución, extendió su control a la protección de la identidad, garantizando la existencia de los valores y principios que conforman su esencia. Tanto en Alemania como en Colombia, la protección de estos principios y valores, no se refiere a la petrificación absoluta, o intangibilidad textual; se limita a garantizar la vigencia de la Constitución, por lo tanto la proyección y el desarrollo de tales disposiciones se puede modificar, siempre respetando su contenido y eficacia.

Para la Corte Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), los principios y valores que conforman el núcleo son superiores a las demás normas constitucionales, rescatando como principio supremo absoluto la dignidad humana, la cual es infalible. Señala que los mismos implican un verdadero límite material, y por tanto es competente para comparar las

enmiendas realizadas, al tenor de tales disposiciones, debiendo estudiar la relación de la reforma con su garantía y permanencia. A diferencia de ello, para la Corte Constitucional Colombiana, todas las disposiciones de la Constitución – incluyendo las reformas- tiene la misma validez y ninguna se impone sobre las demás, calificando el juicio de sustitución como un vicio de carácter procedimental que controla la competencia del poder de reforma, más no el contenido de la modificación.

Italia. La Corte Constitucional de Italia por vía de interpretación adoptó la teoría de los principios supremos como límites implícitos, y se declaró competente para controlar que el poder de reforma no pretenda subvertirlos o derogarlos permitiendo su continuidad.

Se diferencia la posición de la Corte Italiana de la Colombiana, toda vez, que para la primera los principios supremos son axiológicamente superiores a la misma Constitución, siendo válido que la reforma se compare con dichos principios y se supedite a su existencia. Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana, no admite la superioridad de principios, ni valores

constitucionales, e indica que tanto la norma de reforma, como la disposición a modificar tienen la misma jerarquía constitucional, y por lo tanto no se podría calificar la disposición de reforma como una norma de rango inferior.

Al igual que en Alemania, la Corte Italiana reconoce que ejerce un control material, e identifica los principios partiendo de las cláusulas pétreas que prevé la Constitución, y los que a pesar de no estar mencionados expresamente entre aquellos no sujetos al procedimiento de reforma constitucional, reconoce implícitamente, toda vez que pertenecen a la esencia de los valores supremos, sobre los que se funda la Constitución italiana.

India. La Constitución Política no consagra cláusulas pétreas e intangibles, por lo tanto la Corte Suprema de la India por vía jurisprudencial se otorgó la competencia para controlar que el poder de reforma no altere la estructura básica constitucional. Los postulados de esta teoría, son los mismos empleados por la Corte Constitucional Colombiana para fundamentar el juicio de sustitución de la Constitución: 1.) se parte del hecho que la Constitución Política no consagra cláusulas pétreas y/o establece

límites materiales al poder de reforma. Y 2.-) se identifica la teoría como un límite competencial al poder de reforma, derivado de la autorización para reformar, más no para derogar o sustituir la Constitución vigente

La teoría de la estructura básica de la Constitución, al igual que el Juicio de sustitución, impone un límite competencial al poder de reforma, el cual puede modificar cualquier disposición constitucional, toda vez que no tiene límites materiales, pero sin llegar a derogar o subvertir el ordenamiento constitucional vigente.

Conclusión

1.- La teoría de la sustitución de la Constitución ha sido adoptada de la teoría de la estructura básica desarrollada por la Corte Suprema de la India, y tiene similitudes con la protección que las Cortes Constitucionales Italiana y Alemana otorgan al núcleo de sus respectivas Constituciones. Las posiciones aducidas por las tres Cortes, al igual que en el juicio de sustitución, concuerdan en admitir la existencia de una identidad constitucional, conformada por disposiciones esenciales que no pueden ser

desconocidas por el poder de reforma.

2.- De acuerdo a las posturas de las Cortes Constitucionales de Alemania e Italia, los límites materiales a la reforma, no dependen exclusivamente de las cláusulas de intangibilidad, abandonando la concepción formalista de justicia constitucional, propia del positivismo jurídico. Se sustenta esta afirmación, en el entendido, de que si bien, existen cláusulas intangibles, la identidad y protección de la Constitución no radica en la petrificación de su contenido, sino en los principios que las caracterizan, los cuales se encuentren de forma explícita o implícita en el texto constitucional, y establecen verdaderos límites al poder de reforma. La garantía reside entonces en la concepción de la Constitución como un sistema de valores y principios vinculantes.

3.- La anterior premisa es más acentuada en la teoría de la estructura básica de la Constitución, implementada en el Estado de la India, en donde sin existir limitación material al poder de reforma, por vía de interpretación la Corte Suprema ha limitado al mismo, advirtiendo que no puede alterar la esencia e identidad constitucional, la cual descansa en principios y valores

fundamentales que expresan la voluntad del constituyente. Postura que fue adoptada por la Corte Constitucional de Colombia, al introducir la teoría de la sustitución a la Constitución.

4.- Según Zagrebelsky (1999), la idea que se forme de Constitución, condiciona la manera de interpretar el derecho, así, desde una concepción material de la misma, donde se acepta la coexistencia de valores y principios, el juez constitucional debe velar por la aplicación y vigencia de los mismos. Es bajo esta concepción que la Corte Constitucional adoptó la teoría de la sustitución de la Constitución, tendiente a garantizar la vigencia de las disposiciones fundamentales, en procura de proteger su integridad.

5.- Es ilusorio pretender connotar el carácter meramente formal al estudio que en virtud del juicio de sustitución la Corte debe realizar para establecer si la reforma afectó la identidad constitucional, consistiendo ello en una cuestión más de sustancia que de forma. Como lo indica Zagrebelsky (2008), reducir la sustancia a la forma es un poco forzado, toda vez que “reducir la constitucionalidad con respecto a la forma significa reducir la experiencia

constitucional a una cuestión de “modo de ejercicio” de la fuerza, contra la convicción de que el constitucionalismo es una doctrina que contiene aspiraciones de forma, pero ciertamente también de sustancia(...)”. De esta premisa se deriva que el control a la competencia del poder de enmienda, en virtud del juicio de sustitución, implica necesariamente un control de fondo o material al acto de reforma, diferente es que la técnica aplicada en este evento, difiera de la empleada en virtud del control ordinario de constitucionalidad de las leyes y del concepto de violación.

6.- La Corte Constitucional debe adoptar una posición más firme respecto a la protección de los principios y valores que conforman la identidad constitucional, y reconocerlos como verdaderos límites materiales implícitos al poder de reforma, bajo la concepción de una Constitución material, entendida como un sistema de valores (que establece fines y objetivos) y principios (que realizan los valores)²⁰ sobre los cuales descansa su identidad. Y no ocultar que ejerce un control material, con argumentos que tienden a confundir y desmontar las bases de la teoría inicialmente adoptada.

7.- Siguiendo al profesor David Landau(citado por Bernal 2014), la teoría de la sustitución como límite al poder de reforma constitucional, es una herramienta útil para contrarrestar los efectos del constitucionalismo abusivo. Concepto que nace de la utilización constante de los mecanismos de reforma constitucional por los mandatarios para perpetuarse en el poder, afectando gravemente los principios democráticos, y deformando la Constitución para constitucionalizar sus proyectos políticos.

Referencias

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Bernal Pulido, C. (2014, 14 de febrero). Constitucionalismo abusivo y sustitución de la constitución. *Ámbito Jurídico*.

Cajas Sarria, M. A. (2004). La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso.<http://hdl.handle.net/10906/955>

Casado, I. V. (2005). *Los límites de la Corte Constitucional: hacia una teoría de la Constitución como sistema material de valores*. Legis.

Carbonell, M. (2000). Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México. Porrúa. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1657> ISBN 968-36-6831-3

Gambino, S. (2007). La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. *Revista de derecho constitucional europeo*, (8), 189-241. Disponible en <http://dspace.si.unav.es/dspace/handle/10171/17091>

Guastini, R. (2001). Estudios de teoría constitucional. M. Carbonell (Ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=22>

Gutiérrez, I. (2006) Sentido y Alcance de La Reforma del Federalismo Alemán.

Revista de Derecho Constitucional Europeo, (6), 1698-4889. p 65. Disponible en http://cde.ugr.es/publicaciones/sumarios/REV248_6.pdf

Herdegen, M. (2005). *Reforma de la constitución y control de constitucionalidad*. Pontificia Universidad Javeriana. p.14. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20061/pr/pr8.pdf>

Konrad, H. (1996). *Significado de los derechos fundamentales en Manual de Derecho Constitucional*. Madrid.

Lothar, M. (2006) El Estado federal experimental. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (6), 1698-4889. Disponible en http://cde.ugr.es/publicaciones/sumarios/REV248_6.pdf

Mortati, C. (2009). La constitución en sentido material. Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional.

Pegoraro, L. (2007). Revisión Constitucional. “El Caso Italiano en el Contexto De La Teoría General y del Derecho Comparado.” *Boletín Mexicano de*

Derecho Comparado. Disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt30.htm#N*

Polakiewicz, J. (1994). La reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: el nuevo papel de los Länder en la integración europea (Vol. 87). Institut de ciènciespolítiques i socials. Disponible: http://ddd.uab.cat/pub/worpaper/1994/hdl_2072_1381/ICPS87.pdf

Ragone, S. (2013). El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada= The substantive control onconstitutionalamendments in a comparativeperspective. *Teoría y Realidad Constitucional*, (31), 391-406. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4263302>

Sánchez, G. J. M. (1994). Los «principios supremos del ordenamiento constitucional» italiano y su especial consideración en materia eclesiástica. *Iuscanonicum*, 34(67), 291-338.

Schwabe, Jürgen (2009) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (extractos de las sentencias más relevantes compiladas por JürgenSchwabe)*, trad. de

Marcela Anzala Gil y Emilio MausRatz, México, Konrad Adenauer Stiftung. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf

Valle, R. H. (2006). El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional. Estudios constitucionales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4(2), 457-476. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2553/33.pdf>

Verdugo, S. (2012). Resistencia de las Constituciones Nacionales. *Revista actualidad jurídica*, 25, 663-670.

Zagrebelsky, G. (2006). ¿Qué es ser juez constitucional?. *Díkaion*, 15(2). Disponible en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/viewArticle/1352>

..... (1999). *El derecho dúctil*. Trotta

..... (2008). El juez constitucional en el siglo XXI. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 249-268.

Jurisprudencia Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional, M.P. Fabio Morón Díaz, C-387 de 1997.

Corte Constitucional, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-543 de 1998

Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-487 de 2002

Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-614 de 2002.

Corte Constitucional, M.P. Eduardo Montealegre Lynett , C-551 de 2003.

Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-1200 de 2003

Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Gil, C-970 de 2003

Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-971 de 2003

Corte Constitucional, M.P. Manuel Rodrigo Uprimny Yepes, C-572 de 2004

Corte Constitucional, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1124 de 2004

Corte Constitucional, M.P. Marco Álvaro Tafur Galvis, C-242 de 2005.

Corte Constitucional, M.P. Manuel Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Clara Inés Vargas, Álvaro Tafur, Marco Gerardo

Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto, C-1040 de 2005.

Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-588 de 2009

Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño., C-588 de 2009.

Corte Constitucional, M.P. Humberto Sierra Porto., C-141 de 2010

Jurisprudencia Corte Suprema de la India:

Corte Suprema de la India. Golaknath V. State Of Punjab 1967. Disponible: <http://openarchive.in/judis/2449.htm>

Corte Suprema de la India. KesavanandaBharati v. El Estado de Kerala y otros (AIRE 1,973 mil SC 1461). Disponible en : <http://openarchive.in/newcases/29981.htm>.

Corte Suprema de la India. Indira Gandhi v. RajNarain. Disponible: en <http://www.indiankanoon.org/doc/936707/>

Corte Suprema de la India. Minerva Mills Ltd. Vs. Union of India, (1980) 3 SCC 625. Disponible:<http://openarchive.in/judis/4488.htm>

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Corte Constitucional Federal. BVerfGE 89, 155 – Maastricht. Sentencia de la Sala Segunda de 12 de octubre de 1993. Disponible en http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk19980622_2bvr053298.html

Corte Constitucional Federal. BVerfGE 109, 279 [Vigilancia acústica del domicilio particular]. Sentencia de la primera sala, del 30 de marzo, 2004 Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf

Corte Constitucional Federal. BVerfGE 94, 49 [Traslado a un tercer Estado]. Sentencia Segunda Sala, del 14 de mayo, 1996 Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf

Jurisprudencia Corte Constitucional de Italia

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No.183 de 1973. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPron>

[uncia.do](http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do)

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 203 de 1989. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No. 1146 / 1988. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No.30 de 1971. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No 232 de 1989. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No 203 de 1989 Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No 1 de 1977.Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No 175 de 1973.Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No 12 de 1972. Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia No 232 de 1989.Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Corte Constitucional Italiana. Sentencia 170 de 1984.Disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

¹Ver al respecto Casado, I. V. (2005)

²Corte Constitucional, M.P. Fabio Morón Díaz, C-387 de 1997; Corte Constitucional, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-543 de 1998; Corte Constitucional, M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-487 de 2002; Corte Constitucional, M.P.Rodrigo Escobar Gil, C-614 de 2002.

³ Por primera vez desde la aprobación de la Carta Política de 1991, en el Estado Colombiano se presentó una reforma Constitucional, por vía de referendo, ello tuvo lugar en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez.

⁴Corte Constitucional, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-551 de 2003.

⁵ Hacía referencia a una Ley Estatutaria que regulara entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro

electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales y derecho de réplica en condiciones de equidad. Garantías aplicables cuando el Presidente de la República sea candidato.

⁶Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-1200 de 2003; Corte Constitucional, M.P. Manuel Rodrigo Uprimny Yepes, C-572 de 2004; Corte Constitucional, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1124 de 2004; Corte Constitucional, M.P. Marco Álvaro Tafur Galvis, C-242 de 2005.

⁷Corte Constitucional, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-551 de 2003; Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Gil, C-970 de 2003; Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-971 de 2003

⁸ Se creaba un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, el cual permitía inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes.

⁹ Se transferían competencias al Parlamento Europeo.

¹⁰ En esa oportunidad el *Bundesverfassungsgericht* estudió demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de la nueva reglamentación del derecho fundamental de asilo político, establecida mediante reforma al Art. 16a de la Ley Fundamental.

¹¹ Corte Federal Constitucional, colección de decisiones, t. 84, 90 (121). Citado por Herdegan (2005)

¹² Ver Corte Constitucional Italiana, Sentencia 1146 de 1988.

¹³ Dicho Artículo prescribe “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo ora en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social”

¹⁴ Ver sentencias, No. 183/1973, 170/1984 y 232/1989, citadas por Guastini, R. (2001)

¹⁵ Refiriéndose a la clasificación de los límites conceptualiza los axiológicos implícitos como (...) las cláusulas de intangibilidad que no están expresadas en el derecho positivo, pero que se deducen por medio de una interpretación extensiva o por un sinónimo de la intangibilidad o inmutabilidad prevista y positivizada.”

¹⁶ Corte Constitucional Italiana. Sentencia No.30 de 1971.

¹⁷ Corte Constitucional Italiana. Sentencia No 232 de 1989.

¹⁸ Corte Constitucional Italiana. Sentencia No 30 de 1971.

¹⁹ Corte Constitucional Italiana. Sentencia No 203 de 1989

²⁰ Ver Alexy, R. (1993).