

QUINTA EDICIÓN

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

DEL DISTRITO JUDICIAL
ADMINISTRATIVO DEL META



DISTRIBUCIÓN GRATUITA



REVISTA DE DERECHO PÚBLICO DEL DISTRITO JUDICIAL ADMINISTRATIVO DEL META

QUINTA EDICIÓN
Publicación anual

EDITORIA QUINTA EDICIÓN
GLADYS TERESA HERRERA MONSALVE
DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
ANGELICA JOHANA ALAPE ROA
angelicalape94@gmail.com
TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
ISSN: 2539-3472
ISSN - L: 2954-5528 (En línea)
Impresión:
Editorial Corporación Universitaria del Meta-UNIMETA
Carrera 32 No. 34 26, Campus San Fernando
Villavicencio, Meta

VILLAVICENCIO, JUNIO 2022

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

NOHRA GALEANO PARRA
Presidenta
HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO
Vicepresidente
TERESA HERRERA ANDRADE
Magistrada
CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ
Magistrada
JUAN DARÍO CONTRERAS BAUTISTA
Magistrado
CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO
Magistrado

JUECES DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

CARLOS ALBERTO HUERTAS BELLO
Juez Primero Administrativo
LICETH ANGÉLICA RICAURTE MORA
Jueza Segunda Administrativa
NILCE BONILLA ESCOBAR
Jueza Tercera Administrativa
EDGARDO AUGUSTO SÁNCHEZ LEAL
Juez Cuarto Administrativo
YELITZA MORENO CÓRDOBA
Jueza Quinta Administrativa
GUSTAVO ADOLFO ARIZA MAHECHA
Juez Sexto Administrativo
CLARA PIEDAD RODRÍGUEZ CASTILLO
Jueza Séptima Administrativa
ANGELA MARÍA DIAZ-GRANADOS
Jueza Octava Administrativa
GLADYS TERESA HERRERA MONSALVE
Jueza Novena Administrativa
CARLOS FERNANDO MOSQUERA MELO
Juez Transitorio Administrativo

COMITÉ EDITORIAL

CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO
NILCE BONILLA ESCOBAR
CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ
STELLA MERCEDES CASTRO QUEVEDO
GUSTAVO RUSSI SUÁREZ
LUIS ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑO
GLADYS TERESA HERRERA MONSALVE

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Gladys Teresa Herrera Monsalve..... 6

EL DEBER DE MITIGAR O EVITAR EL DAÑO POR LA VÍCTIMA EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Carlos E. Ardila..... 8

LAS CORRIDAS DE TOROS Y EL COLEO COMO EXPRESIONES DE MALTRATO ANIMAL

Samuel José Ramírez Poveda 21

REFLEXIONES JURÍDICAS DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA VACUNA CONTRA EL COVID-19 EN COLOMBIA

Lizeth Daniela Estupiñan Quesada 32

CONSULTA PREVIA Y PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES ÉTNICAS DIFERENCIADAS EN LOS PROGRAMAS DE ALIMENTACIÓN Y EDUCACIÓN PARA LA PRIMERA INFANCIA

Tatiana López Alvear 44

LA SALUD MENTAL DEL SERVIDOR JUDICIAL Y SU IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Sergio Andrés Duque Rodríguez

Yenssy Milena Flechas Manosalva..... 54

EL ENFOQUE DE EDUCACIÓN POPULAR Y EL CURRÍCULO COMO PRÁCTICA SOCIAL: UNA PROPUESTA PARA LA TRANSFORMACIÓN CURRICULAR EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Carlos Alfredo Pérez Fuentes

Annie Julieth Álvarez Maestre

Andrea Johana Aguilar Barreto 62

COMPETENCIA POR CONEXIDA EN LA EJECUCIÓN DE PROVIDENCIAS JUDICIALES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA SEGÚN LA LEY 2080/21

Juan Camilo Hernández Rivera..... 74

EL DOLO, COMO ASPECTO DE LA CULPABILIDAD DISCIPLINARIA EN LA LEY 1952 DE 2019

Alberto Mario Ropain Escobar..... 85

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA Y FLEXIBILIDAD PROBATORIA COMO APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE RAWLS

Mauricio Andrés Pérez Caballero 94

Presentación

Gladys Teresa Herrera Monsalve*

La Revista de Derecho Público del Distrito Judicial Administrativo del Meta, se gestó en un primer momento, en la idea de contar con un medio público, neutro e imparcial que sirviera de escenario, desde la región, para transmitir las principales ideas de quienes convergen en el quehacer propio del mundo del derecho, conforme la presentó su primer editor. Aquella edición contó con ocho artículos que convergieron bajo el título “Retos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el pos-acuerdo”.

En el segundo número, se abordó la temática relacionada con los cambios normativos introducidos a raíz de la expedición del Código Nacional de Policía y Convivencia – Ley 1801 de 2016-, manteniendo de esta manera la uniformidad en los tópicos tratados.

Para la tercera edición, el Comité Editorial extendió la posibilidad de publicar artículos de las diferentes líneas de investigación del derecho, siempre y cuando se enmarcaran en el área del derecho público, allí encontramos títulos como: *Juicio por audiencias y legitimidad de la justicia; Reforma judicial y legitimidad del juez; Vigencia en el tiempo de las sentencias de unificación; Teoría del derecho, decisión judicial e igualdad; Barreras que enfrentan las mujeres en Colombia, para que sean reconocidos y protegidos sus derechos; y, Principio de discrecionalidad administrativa en la contratación estatal en Colombia.*

Esta línea se mantiene en el siguiente número, en el que su editora nos presentó una serie de ocho artículos que incluyen temáticas que van desde los estudios de la praxis del derecho hasta los concernientes a la teoría de la disciplina.

En esta oportunidad, se presenta la quinta edición en formato mixto (escrito y digital), que responde a la

pauta del Comité Editorial, encaminado a consolidar este medio de expresión del conocimiento, como un escenario de divulgación de los estudios de quienes con rigor científico abordan desde diferentes enfoques los temas propios del quehacer de juristas en el área del derecho público, a la vez que responda a los cambios sociales mediados por el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Es propicio indicar que en este número confluyen autores de las diferentes latitudes del país, quienes con generosidad acogieron la invitación que realizó el Comité Editor, lo que permite a nuestros lectores, tener una selección de nueve artículos de alta calidad académica sobre los temas más destacados de la realidad actual.

La revista inicia con el estudio denominado *El deber de mitigar o evitar el daño por la víctima en la responsabilidad del Estado*, en el que su autor presenta un análisis de la figura, a partir de casos decididos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, de los que deduce el concepto en estudio, sus vicisitudes en la aplicación, para culminar planteando aquellos aspectos que deberán ser abordados o analizados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

El artículo segundo, es el titulado: *Las corridas de toros y el coleo como expresiones de maltrato animal*. En este texto, desde una perspectiva crítica de la norma, se pone de manifiesto, los problemas interpretativos que generan los contenidos normativos de la Ley 1774 de 2016, que penalizó el maltrato animal. En especial, para el autor, surge el debate dadas las excepciones contenidas en lo normado en la Ley 84 de 1989.

Seguidamente, desde una postura también crítica, se aborda uno de los tópicos más discutidos, y si se quiere de mayor relevancia para el derecho en el marco de la pandemia derivada del virus SARS-COV-2, su autora lo titula *Reflexiones jurídicas de la obligatoriedad de la vacuna contra el COVID-19 en Colombia*. El escrito presenta una revisión de los fundamentos del Estado social y democrático de derecho, para lle-

*Jueza Novena Administrativa del Circuito de Villavicencio

gar a la conclusión que las normas que exigen el soporte de vacunación contra el Covid-19 en el país, desconocen los valores constitucionales a la igualdad, justicia, libertad, democracia y participación, a la vez que pasan por alto principios fundamentales y derechos constitucionales tales como la dignidad humana, autonomía corporal, libre desarrollo de la personalidad y el consentimiento libre, previo e informado.

Este hilo nos lleva al cuarto título: *La carga dinámica de la prueba y flexibilidad probatoria como aplicación de la teoría de la justicia de Rawls*, en el que su autor toma la teoría en mención, para contrastarla con los postulados del utilitarismo y desde allí analizar desde una perspectiva filosófica las instituciones jurídicas de la carga de la prueba y la flexibilidad probatoria.

Seguidamente, en el artículo denominado *Consulta previa y participación de las comunidades étnicas diferenciadas en los programas de alimentación y educación para la primera infancia*, se pone en evidencia, que las comunidades reclaman la consulta previa en asuntos relativos a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas públicas que tengan la virtualidad de afectar la cosmovisión, cultura y costumbres de las comunidades étnicas, verbi gracia, en los programas de alimentación y educación para la primera infancia.

El texto a continuación, *La salud mental del servidor judicial y su impacto en la administración de justicia*, realiza una revisión de la aplicación de las normas sobre salud y seguridad en el trabajo, en pro de sensibilizar sobre la importancia de velar por el bienestar de los servidores judiciales como seres humanos, desde el punto de vista de la visibilización de la salud mental.

En el estudio denominado *El enfoque de educación popular y el currículo como práctica social: una propuesta para la transformación curricular en la enseñanza del derecho*, los autores concluyen que los principios de la educación popular y el currículo como práctica social y emancipadora, pueden coexistir armónicamente en una propuesta de transformación curricular que permite que la enseñanza del derecho no sea una cuestión neutra, sino que adquiera un sentido hacia la emancipación del ser humano.

El siguiente texto presenta un análisis sobre la *Competencia por conexidad en la ejecución de providencias judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa según la Ley 2080/21*, bajo este mismo título, en el que resalta tanto la regla general de competencia en esta materia como sus excepciones.

El último de los escritos que se publica en este número, se titula *El dolo, como aspecto de la culpabilidad disciplinaria en la Ley 1952 de 2019*. Su autor realiza un análisis comparativo con las normas que regulaban esta misma materia en la Ley 734 de 2002, poniendo de relieve las implicaciones y consecuencias que a futuro tendrán que afrontar las autoridades encargadas de aplicar el nuevo texto normativo.

La reseña realizada permite vislumbrar que el derecho como ciencia social que se vale del lenguaje, no sólo para la expresión y concreción de los textos normativos, sino para su interpretación, conduce siempre a realidades cambiantes, que también se expresarán en palabras. De allí la importancia de contar con medios de divulgación del pensamiento que recepcionen las diferentes ideas que se gestan, como ya lo advertía Habermas, en el mundo de la vida.

Finalmente, en nombre del Comité Editorial, presento un sincero agradecimiento a todos y cada uno de los autores, quienes aportaron sus investigaciones para esta quinta edición, así como a las demás personas que contribuyeron a lograr concretar el texto que hoy presentamos, en especial a la Corporación Universitaria del Meta - UNIMETA, que brindó su apoyo decidido a la publicación y divulgación de este número.

El deber de mitigar o evitar el daño por la víctima en la responsabilidad del Estado



El deber de mitigar o evitar el daño por la víctima en la responsabilidad del Estado

Autor:

Carlos E. Ardila*

Resumen

En el presente artículo se realiza un pequeño análisis de la institución del deber de la víctima de evitar o mitigar el daño en la responsabilidad del Estado en el derecho colombiano. Para ello, inicialmente, se estudia el concepto doctrinal de esta figura y las diversas posturas que sobre la misma se han desarrollado. Una vez realizado lo anterior, se analiza la aplicación de la misma en la jurisprudencia del Consejo de Estado, puntualmente la Sección Tercera, para realizar un análisis descriptivo de los criterios jurisprudenciales que sobre el particular han sido usados por la jurisprudencia y su forma de aplicación en asuntos concretos.

Finalmente, se realizan algunos comentarios a título de vicisitudes y se plantean aspectos que deberán ser abordados o analizados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, con el fin de profundizar en la concepción y uso de esta figura.

Palabras clave: Deber de mitigar o evitar el daño, prevención, carga, obligación, causalidad, solidaridad, buena fe, reducción de la indemnización.

Abstract

This article makes a brief analysis of the institution of the victim's duty to avoid or mitigate the damage to the responsibility of the State in Colombian law. To do this, initially, the doctrinal concept of this figure and the various positions that have been developed on it are studied. Once the above is done, the application of the same in the jurisprudence of the Council of Sta-

te is analyzed, specifically the Third Section, to carry out a descriptive analysis of the jurisprudential criteria that on the matter have been used by the jurisprudence and its form of application. on specific matters.

Finally, some critical comments are made and aspects are raised that must be addressed or analyzed, both by doctrine and jurisprudence, in order to be consistent with the conception of this figure.

Keywords: Duty to mitigate or avoid damage, prevention, burden, obligation, causality, solidarity, good faith, reduction of compensation

El objetivo del presente artículo es abordar el análisis de la figura del deber de la víctima de evitar o mitigar el daño en la responsabilidad del Estado en el derecho colombiano, con el fin de poder determinar cuál ha sido el alcance y desarrollo de esta institución. Para ello, en una primera parte, se delimita el concepto de la figura, su fundamento y los alcances de la misma, a partir del análisis doctrinal de ella.

Posteriormente, se realiza un análisis jurisprudencial de sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado en las cuales, directa o indirectamente, se ha hecho uso de este deber a cargo de la víctima, para con ello intentar delimitar los alcances de la figura, no ya desde el plano conceptual, sino desde las decisiones judiciales y su aplicación al caso concreto, precisando las diversas subreglas jurisprudenciales que resultan aplicables.

En una tercera parte, se intenta conceptualizar los desarrollos jurisprudenciales a fin de verificar el alcance de esta figura y establecer algunos planteamientos para ser tenidos en cuenta sobre la forma en que jurisprudencialmente se ha utilizado esta institución

Por último, se precisarán puntos que aún no están claramente definidos en nuestro derecho sobre la aplicación del deber de la víctima de evitar o mitigar el daño, que más temprano que tarde deberán ser resueltos por nuestra jurisprudencia, o que constituyen puntos para ser analizados en investigaciones académicas futuras.

*Abogado de la Universidad Santo Tomás, con especialización en derecho administrativo de la misma Universidad y en Derecho Ambiental de la Universidad Externado, Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante y Derecho de Daños de la Universidad de Girona, actualmente es Magistrado del Tribunal Administrativo del Meta.

El deber de la víctima de evitar o mitigar el daño, concepto, alcances y límites.

El deber de la víctima de evitar o mitigar el daño, surge en el moderno derecho de daños como un desarrollo de la creciente idea de la función preventiva de este subsistema jurídico, y de una visión menos individualista de la sociedad¹. Podríamos definirlo como la exigencia jurídica que la víctima tiene de evitar el daño que la amenaza con materializarse, o de mitigar las consecuencias del daño padecido, siempre y cuando las medidas que deba tomar sean razonables y aparezcan como idóneas para evitarlo o reducirlo, estando dentro del ámbito de competencia de la víctima.

Si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que haya definido con meridiana claridad este deber, a diferencia de otros países donde sí existe una norma que expresamente lo consagra², en especial por su reciente expedición el artículo 1710³ del Código Civil y del Comercio Argentino resulta paradigmático. Tal circunstancia no impide que esta exigencia sea deducida o justificada de normas constitucionales o principios tal y como más adelante se expondrá.

Resulta relevante precisar la naturaleza jurídica de este deber a cargo de la víctima, pues ha sido ardua la discusión en torno a cuál es la esencia de esta figura. A manera de sinopsis, tres han sido las posturas relevantes sobre el particular, a saber: la exigencia del comportamiento de la víctima tendiente a mitigar o evitar el daño es una obligación, o constituye una carga, o finalmente es un deber en términos generales. Para algunos, este débito a cargo de la víctima constituye una clara obligación que no se diferencia en nada de la definición tradicional de esta institución de estirpe

civilista. Para esta postura, este deber constituye un vínculo jurídico que se genera a favor del deudor causante del daño, de reclamar a la víctima la ejecución de una prestación debida “mitigar o evitar el daño”, razón por la cual el causante del daño se convierte en acreedor de la víctima que ha omitido tomar las medidas necesarias para mitigar el daño o evitarlo. Lo anterior, a tal punto que en el supuesto que esta no haya cumplido con esta exigencia, el causante-acreedor gozará de una acción judicial para reclamar la misma del deudor-víctima el valor correspondiente a través de un proceso judicial.

Una segunda postura se enmarca en que la naturaleza jurídica de esta figura es la de ser un deber genérico o una norma de conducta general, que incluso puede fundarse en el conocido principio del *alterum non laedere*, razón por la cual se integra al derecho de daños y resulta exigible en el trámite de un proceso judicial de responsabilidad para la víctima que ha omitido actuar diligente y razonable, frente al daño que le fue causado para mitigarlo o evitarlo si ello fuera posible.

Finalmente, y quizás esta sea la postura mayoritaria, esta exigencia a la víctima de un daño es una carga (*onus*), pues la característica definitoria de las cargas es que constituyen deberes para una persona cuyo incumplimiento genera la pérdida de un beneficio o ganancia para quien tenía a su cargo realizar la conducta debida, por lo que el deber de evitar o mitigar el daño constituye jurídicamente una carga, toda vez que el incumplimiento de la misma solo perjudica a quien tiene el deber de ejecutarla, esto es, la víctima, reduciendo o excluyendo la indemnización. En otras palabras “no se trata de una obligación cuyo cumplimiento pueda exigirse jurídicamente por el causante del daño, sino una carga (*onere*) cuyo incumplimiento sólo precluye

¹ParaprofundizarenelanálisisdeestaideaverssistemasjurídicosverJARAMILLO,C.(2013).*LosDeberesdeevitarymitigareldañoenelderechoprivado*.UniversidadJaveriana.

²Ver artículos 1327 del Código Civil Peruano, 1127 del Código Civil Italiano, 254 del BGB Alemán ARTÍCULO 39. Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso.La Corte, para interpretar las leyes, tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos de 27 a 32 del actual Código civil de la Nación.

³ARTÍCULO 1710. Deber de prevención del daño. Toda personas tiene el deber , en cuanto de ella dependa, de : a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor total de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.”

el resarcimiento de aquellas pérdidas que podían haberse evitado o minorado” (Jaramillo, 2013, p. 179).

Adicional a lo anterior, para fundamentar esta carga, deber u obligación según sea el caso, en aquellos ordenamientos donde no existe una regla jurídica que lo haya establecido, se han encontrado múltiples principios a partir de los cuales es posible derivar el mismo.

En efecto, la doctrina⁴, ha encontrado en los principios de la buena fe, la razonabilidad, la solidaridad y el *alterum non laedere*, los fundamentos filosóficos y constitucionales para dar aplicación a este deber a cargo de la víctima, a tal punto que se ha indicado que el mismo tiene una fundamentación múltiple y no obedece a un único y exclusivo principio.

Desde la perspectiva de la buena fe, el actuar de la víctima no puede ser el de quedarse impávida frente al daño que amenaza materializarse o agravarse, pues el carácter objetivo del principio de la buena fe exige para la víctima del daño que tome las medidas razonables y que estén a su alcance para aminorar o evitar el daño.

Para los que encuentran en el principio de razonabilidad el fundamento de este deber, no resulta acorde con el principio de razón suficiente que la víctima de un daño prefiera que el mismo acaezca, cuando a su alcance está la opción real de evitarlo o reducir la magnitud del mismo. Tal actitud no es propia del hombre racional que constituye el estándar de conducta que el derecho utiliza como criterio de valoración.

Respecto del *alterum non laedere*, se sostiene que no es posible que este principio se acompañe con la idea que siendo evitable un daño o pudiéndose reducir la magnitud del mismo, tal actuar no sea realizado, pues en tales supuestos se está faltando al deber no de causar un daño, por la vía de no haberlo evitado o reducido, pudiendo hacerlo.

Por último, algunos creen que es la solidaridad la verdadera razón de ser de este deber, en la medida en que a partir de este principio es posible exigir un actuar en el

cual se tenga en cuenta al otro, en este caso, al causante del daño, pues si es posible con mi actuar razonable reducir la intensidad del daño o, incluso, su existencia, de tal forma que le evite al causante el pago de una mayor indemnización o de la integralidad de la misma, este principio impone a la víctima actuar de esta manera.

De manera general se han establecido conceptualmente algunos requisitos para que este deber se materialice y puede ser objeto de análisis en los diversos asuntos en los cuales sea aplicado o utilizado. En primer lugar, la acción u omisión que sea exigible de la víctima deber tener relevancia después de que el tercero haya desplegado el hecho dañoso. En otras palabras, la conducta debida por la víctima solo se enmarca en el deber de mitigar o evitar el daño, cuando ya esté en curso el hecho dañoso, pues de lo contrario nos encontraríamos frente a figuras diferentes como la concurrencia de culpas o la culpa exclusiva de la víctima, es lo que la doctrina denomina la existencia de la consciencia del daño.

En segundo lugar, las medidas que se exigen a la víctima deben ser razonables, es decir, que deben estar a su alcance y no pueden constituir medidas heroicas, o que excedan lo razonable, que resulten perjudiciales para la víctima o que afecten sus derechos fundamentales. Si se quisiera, y a manera de ejemplo, podría usarse la conocida fórmula de Hand según la cual se incurre en infracción al deber, cuando el costo de las medidas de evitarlo o mitigarlo es menor que el costo del daño o del incremento del mismo.

Como tercer requisito, las medidas que resultan requeridas por parte de la víctima deben estar dentro del ámbito de competencia de ella, de tal forma que no es posible exigir actuaciones que corresponde a otras personas, o que excedan las competencias físicas o jurídicas de la víctima.

Un cuarto requisito, consiste en que las medidas sean idóneas y eficaces, es decir, que tengan la potencialidad de evitar la totalidad o una parte del daño, o como también, de mitigar el mismo, bien sea reduciéndolo o evitando su extensión. Mal podría exigirse a la víctima la adopción de una medida que no tenga la posibilidad de

⁴Para profundizar en estos conceptos se pueden consultar JARAMILLO, C. (2013). *Los Deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*. Universidad Javeriana y SAN MARTIN, L (2012) La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Universidad Externado de Colombia.

alcanzar el objetivo de mitigar, reducir o evitar el daño.

Debe mencionarse que la materialización de este deber no supone que se alcance el resultado, es decir, que efectivamente se logre evitar el daño o reducir el mismo, pues la carga se agota una vez que la víctima realiza la conducta que razonablemente podía tomar, con independencia si se logró o no el objetivo requerido.

Son estos, de manera general, los requisitos que deben ser analizados y estudiados al momento de constatar si hay o no lugar a la aplicación del deber que tiene la víctima de mitigar o evitar el daño.

Precisado lo anterior, debemos determinar los efectos del cumplimiento o no de este deber, que se materializa en que la víctima tiene a su cargo un actuar o un omitir que hubiera conducido a evitar del daño o a que se reduzca.

En el primer supuesto, es decir, cuando la víctima omitió dar cumplimiento a este deber, -cumplidos la totalidad de requisitos antes indicados-, esta no tendrá derecho a la indemnización del daño que hubiera podido evitar, o al mayor valor que hubiera podido aminorar o reducir.

Por el contrario, en el segundo evento, (cuando la víctima desarrolló la conducta exigida) tendrá derecho al pago de la totalidad del daño causado, aún cuando las medidas no hubiesen evitado o aminorado el daño, y, adicionalmente, al pago de los gastos en que hubiere incurrido para satisfacer la carga.

Como antes se indicó, resulta necesario diferenciar esta figura de la culpa exclusiva de la víctima y de la concurrencia del actuar de la misma, lo cual, genera una reducción en el daño, pues un análisis rápido y superficial puede conducir a entender que no existen diferencias y que, en esencia, constituyen el mismo fenómeno.

Al respecto, es necesario precisar que el elemento central que permite diferenciar las figuras es el denominador consciencia del daño. En efecto, tanto la culpa exclusiva de la víctima, como la concurrencia de su actuar en la causación del daño, tienen su aparición fenomenológica antes de que se tenga conocimiento del daño o su amenaza inminente, por lo que estas figuras enervan

la imputación del daño, o la causalidad fáctica. De allí, que algunos estiman que el actuar de la víctima que materializa la culpa exclusiva o la concurrencia es siempre concurrente o anterior a la acción lesiva del tercero.

Por el contrario, el actuar requerido de la víctima derivado del deber de mitigar o evitar del daño surge con posterioridad al hecho lesivo del tercero, por lo que ya existe la consciencia del daño o su potencialidad; y, por ende, el incumplimiento de esta carga no afecta la causalidad fáctica o más ampliamente la imputación, sino que tiene una incidencia directa en la cuantía o extensión del daño.

No obstante, debe reconocerse que no existe consenso académico en torno al alcance general de esta institución y su incidencia en la causalidad o a la extensión del daño, como lo reseña ampliamente la profesora San Martín en la obra ya citada. Sin embargo, el punto de vista predominante es el de que el incumplimiento de este deber afecta la extensión del daño, y así ha sido desarrollado por nuestra jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, como por la Sección Tercera del Consejo de Estado, tal y como más adelante se expondrá.

Finalmente, y desde la perspectiva procesal, se ha generado un interesante planteamiento en torno a quién tiene la carga de la prueba del cumplimiento o no de este deber. De un lado, algunos consideran que corresponde al demandante⁵ demostrarlo, acudiendo a la regla general de carga de prueba.

Por otra parte, la mayoría sostienen que esta carga corresponde al demandado, en este caso el causante del daño, quien deberá dar cuenta de que la víctima tenía a su alcance la posibilidad de tomar medidas razonables para evitar o mitigar el daño, con el fin de reducir el *quantum responder*.

En palabras de la profesora San Martín “En general ella pesa sobre quien resulta obligado al resarcimiento, es éste quien debe demostrar que la parte perjudicada no observó su deber de mitigar los daños. Desde el punto de vista práctico, ello significa que el responsable debe indicar las medidas que el perjudicado habría podido adoptar y no adoptó, o bien las adoptadas no fueron

razonables, demostrando cuales eran las medidas alternativas a su disposición.” (San Martín, 2012, p 413).

Finalmente, otros reseñan que el juez de oficio tiene el deber de verificar el cumplimiento o no de esta carga, con el fin de poder materializar con el mayor grado de certeza posible la extensión del daño, en aplicación, entre otros, del principio de reparación integral del daño.

Si bien es cierto tal parece ser la postura mayoritaria, el demandado-causante debe demostrar el incumplimiento del deber por parte de la víctima, como lo precisa el profesor Jaramillo en el supuesto que la víctima reclame el pago de los costos en que incurrió para tomar las medidas que el deber de mitigar o evitar el daño le exigía, corresponderá a la víctima demandante demostrar los mismos y el cumplimiento del deber.

Precisado de manera general el concepto, alcance y límites del deber de evitar o mitigar el daño a cargo de la víctima, a continuación se analizará el desarrollo que el mismo ha tenido en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en especial de la Sección Tercera.

El deber de mitigar o evitar el daño en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Previo a realizar el análisis que el mencionado deber ha tenido en la jurisprudencia del Consejo de Estado, es necesario precisar que en la jurisdicción civil existe un antecedente que constituye la sentencia hito sobre el tema, y que por su importancia merece una reseña especial.

En decisión del 16 de diciembre de 2010, la Sala de Casación Civil, con ponencia del Dr Arturo Solarte Rodríguez, se ocupó de analizar in extenso el alcance y fundamento del deber de la víctima de mitigar o evitar el daño, realizando las siguientes consideraciones que resultan relevantes:



⁵ En este sentido ver el artículo SUESCUN, J. (2003) La obligación de mitigar los propios daños, en Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Bogotá, Legis.



“En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente, o incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues solo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido.

Una actitud contraria, como es lógico entenderlo, al quebrantar el principio que se comenta, tendría que ser calificada como una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que desconoce al otro e ignora su particular situación, o sus legítimos intereses, o que esta dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido.”

Es esta, quizás, la primera sentencia que en el derecho de daños colombiano aborda de manera directa, expresa integral el alcance del deber de la víctima de evitar o mitigar el daño. Como se advierte, en estos párrafos citados se sintetizan los planteamientos generales que hemos realizado sobre el alcance de esta figura.

Sin embargo, en la jurisdicción contenciosa administrativa no encontramos el equivalente de esta sentencia hito que estudie de manera integral y de forma analítica esta institución, y que, de ser necesario, precise las singularidades de la misma en la responsabilidad del Estado.

Por el contrario, podríamos dividir en dos grandes etapas la aplicación de este deber en la jurisdicción contenciosa administrativa. De un lado, una primera etapa en la cual se utiliza la figura para resolver casos concretos, pero sin que exista un reconocimiento expreso de la existencia de este deber y su aplicación al caso concreto, razón por la cual en estas decisiones no se realiza un estudio conceptual del mismo.

Adicionalmente, existe una segunda etapa en la cual la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoce la existencia normativa de este deber y lo utiliza para resolver o definir el caso concreto. Sin embargo, y como antes se advirtió, en estas decisiones no se hace un estudio conceptual y analítico de esta figura, tal y como sí se realizó por parte de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes reseñada.

En esta primera etapa, la Sección Tercera del Consejo de Estado utiliza el deber de la víctima de mitigar o evitar el daño para determinar el alcan-

ce o la extensión del daño, asumiendo la postura mayoritaria sobre este aspecto, según la cual el incumplimiento de este deber no afecta la causalidad o imputación del daño sino la extensión del mismo.

En efecto, para determinar el lucro cesante de los bienes, tanto muebles como inmuebles, que han sido objeto de destrucción, deterioro o pérdida, el Consejo de Estado establece unos términos razonables para que la víctima se haya sobrepuesto al hecho dañoso, haya tomado las medidas necesarias para recuperarlos, incorporándolos a la vida económica de manera activa, de suerte que el lucro cesante solo se reconocerá hasta el vencimiento de este plazo establecido jurisprudencialmente, pues de ahí en adelante la mora en activar o recuperar el bien es atribuible a la víctima y a su falta de reacción ante el daño.

En el caso de establecimientos de comercio, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha oscilado en plazos de seis meses a 1 año (sentencias del 14 de diciembre de 1998, sección C.E. exp 10311; 25 de febrero de 1999 exp 14665 y 27 de noviembre de 2017, exp 59240).

Respecto de la destrucción de vehículos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado entre los daños graves y los daños menores, estableciendo para los primeros un periodo razonable de recuperación y activación económica de cuatro 4 meses, y para el supuesto de los daños menores un plazo de un mes. (sentencia del 26 de agosto de 1994 exp 9055; sentencia del 22 de agosto de 1996, exp. 11221).

En el caso de los bienes inmuebles fincas, la jurisprudencia ha establecido un plazo prudencial de dos años para que la misma sea adecuada para ingresar nuevamente al ciclo productivo. (sentencia del 24 de mayo de 2017, exp. 45109).

Sin perjuicio que en algunas decisiones el Consejo de Estado, Sección Tercera, haya omitido estos plazos o establecido otros, lo cierto es que existe una línea jurisprudencial que limita la extensión en el tiempo del lucro cesante sobre bienes muebles o inmuebles en un periodo de tiempo razonable, partiendo de la idea de la falta de reacción de la víctima frente al daño.

Si alguna duda existiere sobre el fundamento de estos plazos razonables, baste citar el argumento que estas decisiones se usan de manera común para justificar el límite a la extensión del daño.

“Es decir, la situación dañina que es objeto de prolongación en el tiempo debe tener un límite racional que el Juez aprecia y determina en cada caso concreto, ya que: “se trata pues de eventos en los cuales a partir de una situación creada por el hecho dañino, se tiene que establecer hasta cuando es admisible la prolongación de la situación”.

La lógica del Juez Colombiano en este aspecto es la de impedir que la víctima se quede impasible ante su daño. Se parte pues de un principio sano en el sentido de que no se avala la tragedia eterna y, por el contrario, se advierte a la víctima que su deber es reaccionar frente al hecho dañino y sobreponerse. Llegar, en efecto, a la posibilidad de que la consecuencia de la situación dañina se extiendan indefinidamente sería patrocinar la lógica de la desesperanza, de la tragedia eterna y de un aprovechamiento indebido.”

Nótese que en esta línea argumentativa no se hace mención expresa al deber de la víctima de mitigar o evitar el daño, ni a sus características, requisitos y elementos; sin embargo, resulta palmario que al argumento subyace la idea de la necesidad que la víctima reaccione al daño y no se quede en una “tragedia eterna”, planteamiento que se corresponde con el análisis y estudio que hemos realizado del deber de la víctima de mitigar o evitar el daño.

Una segunda aplicación del deber de la víctima de mitigar o evitar el daño sin que exista un reconocimiento expreso de la aplicación de esta figura, lo encontramos en la tesis desarrollada por la Corte Constitucional y acogida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en especial de la Sección Segunda, relacionada con la indemnización generada como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que declara insubsistente un nombramiento en provisionalidad.

En la sentencia SU-556 de 2014, la Corte Constitucional estableció por primera vez la tesis sobre el alcance de la indemnización derivada del reintegro de un ser-

vidor público nombrado en provisionalidad que ha sido declarado insubsistente sin la debida motivación, previendo como regla para efectos de la indemnización que: *“(ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.”*”

Este límite superior fue establecido por la Corte Constitucional a partir de dos estudios realizados por la Organización Internacional del trabajo (OIT) y del Departamento Nacional de Planeación; sin embargo, y para lo que nos interesa compete, se lee en la sentencia como motivación para establecer estos límites, lo siguiente:

“3.6.10.4. Es decir, de acuerdo con la Constitución Política, la persona no solo tiene el derecho al trabajo, sino también la carga de procurarse los medios económicos para su auto-sostenimiento y, de ese modo, para asumir la responsabilidad de su propio destino, contribuyendo al desarrollo de la sociedad por medio de la realización de la actividad lícita que elija ejercer libre y voluntariamente. Así, frente a la hipótesis de resultar desvinculado del puesto de trabajo, aún por un acto viciado de nulidad, en la medida de sus posibilidades, la persona debe asumir la carga de su propio sostenimiento, sin pretender que sea el empleador quien la asuma, por la totalidad del periodo que permanezca desvinculado, y sin que haya desplegado acción alguna tendiente a recuperar esa capacidad de auto-sostenimiento. Dicha conclusión se refuerza aún más cuando la desvinculación se presenta como consecuencia de un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, pues, sin perjuicio del derecho que le asiste para cuestionar judicialmente el acto respectivo, le corresponde actuar de buena fe, y procurar la auto-provisión de recursos, en beneficio propio y de sus dependientes, y contribuir con su actividad al desarrollo económico y social de la comunidad de la cual hace parte.”

Al igual que para las decisiones del Consejo de Estado

antes citadas, una de las razones sustanciales que invoca la Corte Constitucional es el deber o la carga-en palabras de la Corte- de auto sostenimiento, correspondiendo a la víctima actuar de buena fe, lo que claramente se corresponde con el deber que hemos venido analizando.

Estos son los ejemplos más superlativos que hemos encontrado en la jurisdicción contenciosa administrativa sobre la aplicación del deber de mitigar o evitar el daño, sin que existiera un reconocimiento expreso sobre la existencia y alcance de este deber.

Como antes se había indicado, existe una segunda etapa en donde las sentencias del Consejo de Estado han reconocido la existencia del mencionado deber, indicando su existencia normativa y dando aplicación al mismo en el caso concreto. En una primera decisión del 14 de julio de 2016, la Sección Tercera del Consejo de Estado (sentencia 14 de julio de 2016 exp 41491) al resolver un asunto de responsabilidad por error judicial, (en el caso de una persona a la que su demanda le fue rechazada, en su entender de manera injustificada), afirmó:

“ En efecto si esta en manos del interesado evitar el daño es su deber hacerlo, pues de lo contrario incurre en una actitud negligente, de desidia de sus propios deberes, lo cual impide trasladar a la administración las consecuencias desfavorables de ello.”

“Para la sala no cabe deuda que la causa del rechazo de la demanda fue la contumacia de la propia abogada, pues sobre ella recaía la carga de actuar de acuerdo con los requerimientos del juez y así contener o paliar, la ocurrencia del daño o de mitigar sus consecuencias, pues estas eran predecibles y por ende evitables”.

Y en la misma decisión, se fundamentó la existencia de este deber en los siguientes términos:

“En efecto, si está en manos del interesado evitar el daño es su deber hacerlo, pues de lo contrario incurre en una actitud negligente, de desidia frente a sus propios deberes, lo cual le impide trasladar a la administración las consecuencias desfavorables de ello y perseguir, entonces, la obtención de una ventaja o provecho

económico, con cargo al patrimonio de aquella, pues tal comportamiento no sólo resulta contrario a la buena fe, principio superior por el cual se deben regir todas las relaciones entre el Estado y los administrados, sino que también contraría el principio de derecho según el cual nadie puede sacar provecho de su propia desidia.”

A partir de lo anterior, se confirmó la decisión de negar las pretensiones de la demanda, pues la víctima tuvo a su alcance las herramientas para haber evitado el daño y no lo hizo, razón por la cual incumplió con el deber, a su cargo, de tomar las medidas tendientes a evitar la consumación del mismo.

Posteriormente, en decisión del 10 de enero de 2017, la misma Sección Tercera (sentencia expediente 41028), en el caso de una demanda de reparación directa referente a la devolución de un bien que está a cargo de la fiscalía, se indicó:

“Por un lado, le correspondía al señor Alfonso Armenta Maestre reclamar el carro tanque una vez precluyó la investigación, cosa que hizo 6 años después de que ello ocurrió.”

“No se acreditó en el proceso porque el demandante tardó 6 años en reclamar el vehículo, término que se califica excesivo cuando de su explotación económica dependían la subsistencia de los accionantes”.

“En cuanto a la omisión del señor José Armenta en reclamar oportunamente el carro tanque, debe señalarse que su conducta no se acompaña con la obligación de mitigar el daño.”

En este asunto, y a partir de la omisión de la víctima de tomar las medidas para mitigar el daño, la sentencia redujo en un cincuenta por ciento (50%) la indemnización, reiterando que el incumplimiento de este deber afecta la extensión del daño.

A diferencias de las anteriores decisiones, en estas se reconoce de manera expresa la existencia de un deber a cargo de la víctima de evitar o mitigar el daño, lo que supone la existencia normativa del mismo. Sin embargo, en ninguna de estas decisiones la Sección Tercera hace un estudio pormenorizado de esta figura, estableciendo sus fundamentos, características y límites, sin que se conozca decisión diferente a las anteriores donde se haya abordado el estudio de este deber y sus particularidades.

Por su parte, el Tribunal Administrativo del Meta profirió sentencia el 25 de enero de 2018 (sentencia radicado 500013333100220110031601), en el cual se requerían los perjuicios derivados de la suspensión de una obra de remodelación ordenada por la administración municipal y en el cual a pesar de haber operado el fenómeno prescriptivo en el proceso sancionatorio urbanístico, nunca solicitó la aplicación de esta figura, con



lo cual incumplió su deber de mitigar o evitar el daño.

Al respecto, se indicó en la decisión:

“No siendo procedente el reconocimiento del lucro cesante a la fecha, toda vez que las demandantes permanecieron pasivas durante la actuación administrativa adelantada por el Municipio de Villavicencio, permitiendo que los prejuicios ligados al daño ocasionados se prolongaran.”

“Es así como, en virtud del deber de mitigar el daño le correspondía a las accionantes demostrar las acciones que adelantaron tendientes a minimizar los efectos negativos que conllevó la suspensión de la obra, más aún cuando se trataba de un inmueble que le iba a generar unos ingresos para la subsistencia de aquellas”.

Respecto de la carga de la prueba del cumplimiento o no de este deber, nada se indicó en las decisiones en las cuales se analizó la figura del deber de evitar o mitigar el daño a cargo de la víctima.

Conceptualización de las decisiones del Consejo de Estado, y vicisitudes del deber de la víctima de mitigar o evitar el daño

Lo primero que debe precisarse es que en la jurisdicción contenciosa administrativa no se ha abordado un estudio integral, juicioso del deber a cargo de la víctima de evitar o mitigar el daño, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción civil donde la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, profirió una sentencia hito, el 16 de diciembre de 2010, en la cual fijó las características y estructura de este deber, de tal forma trazó unos derroteros que irradian a toda la comunidad jurídica para su aplicación a los diversos procesos que allí se atienden.

En nuestra jurisdicción, tal precisión y estudio no se ha realizado, y, por el contrario, la mayoría de las decisiones que dan aplicación del deber-límite del lucro cesante de bienes muebles e inmueble- ni siquiera hacen explícito que la razón de ser de estos límites se encuentra en el incumplimiento de este deber, lo cual, sin lugar a dudas,

genera confusión e indebida aplicación de la misma.

La dos únicas sentencias-conocidas- que de manera directa han hecho explícito el deber a cargo de la víctima de evitar o mitigar el daño, se han proferido haciendo una alusión muy somera al citado deber, sin precisar sus requisitos, características, límites, alcances y efectos, lo cual redundo en confusiones conceptuales. Lo anterior, resulta tan claro que en las dos decisiones la falta de precisión conceptual permite fácilmente confundir esta figura con otras. En la primera decisión, a pesar de invocarse el deber de evitar el daño, pareciera que finalmente lo que acaeció fue una culpa de la víctima que condujo a la negativa de las pretensiones.

Y en la segunda decisión, la falta de precisión aludida terminó aplicando la figura como si hubiera acaecido una concurrencia de culpas, a tal punto que redujo en un cincuenta por ciento (50%) la indemnización, tal y como normalmente ocurre cuando se da aplicación de esta figura.

En virtud de lo anterior, se hace necesario que al interior de la jurisdicción se profiera una decisión que aborde de manera integral el estudio de esta institución, se precisen sus contornos y diferencias con otras instituciones como las ya señaladas: concurrencia de culpas y el hecho exclusivo de la víctima. Es precisamente esta labor la que corresponde a las altas cortes, unificar y mandar un mensaje claro y unívoco sobre la aplicación del derecho.

En la primera parte de este artículo se han indicado, de manera general, los requisitos de esta institución, sus fundamentos y alcances, los cuales ameritan un estudio por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en especial de la Sección Tercera.

Nada, se ha señalado por la carga de la prueba del (in) cumplimiento de este deber. Pareciera que lo razonable es que tal carga está a cargo del demandado, quien deberá acreditar que el daño reclamado por el demandante era evitable y por ende no hay lugar a resarcimiento alguno; o que la indemnización reclamada debe ser menor, pues la víctima no tomó las medidas necesarias y razonables para reducirlo. Con la excepción, quizás, cuando el demandante reclame los gastos en que in-

currió para tomar las medidas que este deber le impone, corresponda a el-demandante- la carga probatoria.

Singular consideración merece el hecho que la aplicación de este deber en el caso del lucro cesante de bienes, consistente en la determinación de un límite, la jurisprudencia ha dado aplicación a una presunción judicial, con lo cual en la práctica la carga de demostrar que el hecho que justifica la presunción no resulta aplicable recae en la víctima demandante, quien deberá demostrar que a pesar de ser diligente o tomar medidas razonables, su bien no se ha incorporado al ciclo económico y, en consecuencia, no es posible aplicar los plazos previstos jurisprudencialmente.

Adicionalmente, y como la bibliografía de este artículo lo mostrará, en el campo de la responsabilidad del Estado ha sido casi que nulo el estudio de esta institución, lo que parece corroborarse con las escasas decisiones del Consejo de Estado que han analizado el tema, por lo que existe un campo de investigación académica en el derecho de la responsabilidad estatal por desarrollar.

A manera de reflexión y como aliciente para quienes deseen profundizar en este tema, o para los abogados o jueces que a diario deben analizar asuntos de responsabilidad del Estado, planteo algunas circunstancias donde este deber podría ser de utilidad. Así, por ejemplo, la víctima que no sigue las prescripciones médicas para mejorar su salud, la persona privada de la libertad que no solicita el levantamiento de la medida de aseguramiento cuando jurídicamente se configura una causal para ello, la víctima que se demora en ordenar la reparación de los bienes sobre los que reclama el lucro cesante, o que teniendo un seguro no lo activa. Y, finalmente, en los procesos de responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito cuando la víctima no toma las medidas de seguridad establecidas precisamente para ello, por ejemplo, el uso del casco.

Conclusiones

Tal y como se señaló en la introducción del artículo, el objetivo del mismo era abordar un tema que no ha suscitado un interés académico mayor en la responsabilidad

de Estado, presentar sus características, alcance y límites.

Del análisis realizado podemos concluir que la existencia del deber de mitigar o evitar el daño encuentra su razón de ser en la aplicación de los mandatos de la buena fe, la solidaridad, la razonabilidad y el alterum non laedere. A partir de lo anterior, la víctima de un daño tiene la carga de reaccionar frente al daño tomando las medidas razonables que estén a su alcance y dentro del ámbito de su competencia para evitarlo o reducirlo, pues de no hacerlo perderá el derecho a la reparación o a que sea reducido en el monto que pudo mitigar.

En la jurisdicción contenciosa administrativa el desarrollo de este deber, en un primer momento, se ha realizado para limitar la extensión del daño en el caso del lucro cesante de los bienes muebles e inmuebles y en la indemnización derivada del reintegro del servidor público en provisionalidad, cuyo acto de insubsistencia ha sido declarado nulo, sin hacer alusión expresa a esta carga.

Por el contrario, de manera reciente dos decisiones han hecho alusión directa a este deber para resolver los asuntos sometidos a su consideración; sin embargo, en las mismas se ha realizado una mención tangencial sin abordar las características y elementos de esta institución, lo cual genera confusión y falta de aplicación de esta figura.

Se hace necesario una sentencia hito del Consejo de Estado que supla esta deficiencia, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, con el fin de enviar un mensaje claro a los diversos operadores jurídicos respecto del alcance de esta figura y su aplicación a los diversos asuntos que diariamente se deben resolver.

De la misma forma, los doctrinantes y académicos de la responsabilidad del Estado han mostrado poco interés por el análisis de este tópico, lo que desde una perspectiva es un problema, pero que abre la puerta a que constituya un elemento de desarrollo en los próximos años.

Finalmente, el verdadero y final objetivo de este artículo es sembrar la duda, la inquietud y la curiosidad en los interesados en este tema, a fin de que puedan profundizar en el mismo.

Referencias

JARAMILLO, C. (2013). Los Deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado. Universidad Javeriana.

SAN MARTIN, L (2012) La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Universidad Externado de Colombia.

SUESCUN, J.(2003) La obligación de mitigar los propios daños, en Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Bogotá, Legis.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 9055, 26 de agosto de 1994.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 11221, 22 de agosto de 1996.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 10311, 14 de diciembre de 1998.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 14665, 25 de febrero de 1999.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 41491, 14 de julio de 2016.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 41028, 10 de enero de 2017.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 45109, 24 de mayo de 2017.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 59240, 27 de noviembre de 2017.

Tribunal Administrativo del Meta, Sala Escritural, expediente 2011-316, 25 de enero 2018.

Corte Constitucional, SU-556-2014

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 16 de diciembre de 2010

**Las corridas de toros
y el coleo como
expresiones de maltrato animal**



Las corridas de toros y el coleo como expresiones de maltrato animal

Autor:

Samuel José Ramírez Poveda*

“El hombre ha hecho de la tierra un infierno para los animales”
(Arthur Schopenhaver).

Resumen:

La Ley 1774 de 2016, que penalizó el maltrato animal, ha generado algunas controversias jurídicas sobre su aplicación. En especial, surge el debate por las excepciones contenidas en la Ley 84 de 1989 respecto a causar muerte o lesiones a los animales, respecto a determinar, cuándo existe un maltrato que se inscribe en el tipo penal, o cuando se está cobijado por dichas excepciones.

Palabras clave: Animal, maltrato, delito, excepción, menoscabo, grave.

Abstract:

Law 1774/2016, which penalized animal cruelty, has generated some legal controversies with respect to its implementation. There is special debate around the exceptions included in Law 84/1989 related to causing death or injuries to animals, determining when there is animal cruelty considered as penal crime or when it is covered by these exceptions.

Key words: animal, cruelty, crime, exception, damage, grievous.

Las excepciones contenidas en una norma anterior, generarán controversias jurídicas a la hora de aplicar la Ley 1774 de 2016, que penalizó el maltrato animal en Colombia.

La Ley 1774 de 2016, por medio de la cual se penalizó el maltrato animal, fue una respuesta urgente y necesaria ante los atroces casos de atropello que, por acción o por omisión, se cometen cada día contra toda clase de animales. Una sociedad no puede evolucionar favorablemente si no se empieza por sanear esas muestras atávicas de violencia y desdén por los derechos de los más débiles.

Previamente, en la Ley 84 de 1989, se había legislado en el sentido que ocasionar la muerte o lesiones a un animal, salvo las excepciones contempladas en la norma, ha de considerarse como una conducta sancionable.

Sin embargo, la norma que contenía estas excepciones fue objeto de demanda de constitucionalidad, y como consecuencia, la Corte Constitucional determinó que era exequible, pero condicionada a parámetros que llevaran a evitar al máximo el sufrimiento animal, y finalmente, eliminarlo.

Sin embargo, pese a la interpretación de la norma, en muchos casos las autoridades encargadas de su aplicación, no lo han venido haciendo, tal y como debe ser. Por lo tanto, se considerará que están incurriendo en delito y falta disciplinaria. Un gran avance en favor de la protección animal ha sido el reconocimiento que la jurisprudencia y ahora la Ley 1774 de 2016, ha hecho al determinar que los animales son “seres sintientes” no cosas, y que deben recibir especial protección contra el sufrimiento y el dolor ocasionado por los humanos. Señala la ley que, en dado caso, ese hecho debe ser sancionado.

En efecto, la concepción que se tiene de los animales actualmente, mutó de aquella arcaica del Código Civil, que les tenía como cosas, muebles, al status de seres sintientes, esto es, entidades con capacidad para sentir, percibir el dolor y la angustia, y, tener experiencias físicas y emocionales que repercuten en su bienestar, y que este hecho de sentir lleva a que merezcan obligaciones de protección de su vida e integridad¹.

Inicialmente, la Ley 84 de 1989 (Estatuto Nacional de Protección Animal), dispuso la protección animal y la

*Abogado especializado en Derecho Administrativo y Derecho Disciplinario
Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

necesidad de sancionar a quienes violan este deber; sin embargo, las sanciones allí establecidas se quedaban en el campo contravencional y no cubrían a todos los animales que podrían resultar víctimas de maltrato. Ahora, con la expedición de la Ley 1774, la penalización es más enérgica.

En este sentido, ya se había pronunciado la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-666 de 2010 cuando señaló -de manera enfática-, que los animales merecen protección reforzada, lo cual forja un deber de índole constitucional para el Estado, que involucra obligaciones concretas para todos los poderes y autoridades, que se traduce en que no pueden apoyar, patrocinar, dirigir, ni, - en general-, tener una participación positiva en acciones que perjudiquen a los animales; y más importante, no podrán asumir un papel de abstención o neutralidad en el desarrollo de la protección que debe brindarse a los animales.

La corte concluyó que, la superioridad del hombre no puede significar la ausencia de límites para causar sufrimiento, dolor o angustia a los animales como seres sintientes, sino por el contrario ella implica cargas, derivadas de la dignidad humana, la cual impide que dicha protección se desarrolle ignorando las cargas que, en cuanto seres superiores, surgen respecto de las especies inferiores. Lo anterior constituye, una obligación moral, tal y como se manifestó en los considerandos de la Carta Mundial de la Naturaleza.

En dicho fallo se precisó que, *“Los recursos de la naturaleza no están ya a la disposición arbitraria de la mujer y del hombre sino al cuidado de los mismos. Es esta la razón para que la libertad de decisión en el tratamiento que las personas brindan a los animales se encuentre limitada drásticamente por el concepto de bienestar animal”*.

Igualmente, la Corte Constitucional recalca que, el bienestar animal se convierte *“en parámetro constitucional de interpretación de todas las normas infraconstitucionales que, de cualquier forma, regulen las relaciones de las personas con los animales.”*

Acogiendo estos principios, la citada Ley 1774 de 2016 establece unos principios (artículo 3°), los cuales orientan su aplicación, como son los de: a) Protección al animal, que describe cómo el trato a los animales se debe basar en el respeto, la solidaridad, la compasión, la ética, la justicia, el cuidado, la prevención del sufrimiento, la erradicación del cautiverio y el abandono, y cualquier forma de abuso, maltrato, violencia, y trato cruel; b) Bienestar animal, que se traduce en que no sufran hambre ni sed; que no sufran injustificadamente malestar físico ni dolor; que no les sean provocadas enfermedades por negligencia o descuido; que no sean sometidos a condiciones de miedo ni estrés; y que puedan manifestar su comportamiento natural; c) Solidaridad social. El Estado, la sociedad y sus miembros tienen la obligación de asistir y proteger a los animales con acciones diligentes ante situaciones que pongan en peligro su vida, su salud o su integridad física, que de acuerdo a la interpretación constitucional, se concreta en que se tiene la responsabilidad de tomar parte activa en la prevención y eliminación del maltrato, crueldad y violencia contra los animales; también es su deber abstenerse de cualquier acto injustificado de violencia o maltrato contra estos y denunciar aquellos infractores de las conductas señaladas de los que se tenga conocimiento.

Así las cosas, se introdujo en el Código Penal colombiano un nuevo título destinado a sancionar las conductas que afectan la vida, integridad física y emocional de los animales, elevándolas a la categoría de delitos, en los siguientes términos: *“Delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales”: Artículo 339A. El que, por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes”*.

¹ Artículo 2°. Modifíquese el artículo 655 del Código Civil, así: (...) Parágrafo. Reconózcase la calidad de seres sintientes a los animales.



Como puede verse la norma busca sancionar la muerte o lesiones causadas a los animales, sin distinción de si son domésticos, o amansados, silvestres o exóticos, y sin importar la manera. Para el efecto, se establecen penas de prisión y multa, e inhabilidad para ejercer actividades relacionadas con los animales.

Así mismo, se cierra el paso a las consideraciones anteriores, donde los daños sufridos por un animal se consideraban daño en bien ajeno y, por tanto, limitaban la activación del poder sancionatorio penal a que el animal tuviese dueño y que este formulare la denuncia, pues para aquellos animales sin dueño, solamente aplicaba el régimen contravencional de la Ley 84 de 1989.

Actualmente, la denuncia puede provenir del dueño o tenedor del animal, o cuando este no tiene dueño, de cualquier ciudadano, e inclusive, si el causante del menoscabo es el propietario del animal, cualquier ciudadano podrá interponer la denuncia en su contra. Esta es la diferencia legislativa y novedad de la ley, puesto que, en el pasado, sólo el poseedor del animal podía denunciar, dejando como se dijo, desprotegidos a los animales sin dueño o a los que eran víctimas de sus propios tenedores o poseedores, quedando-repítase- estas últimas conductas en contravenciones, sin importar su gravedad.

Se precisan, además, causales de agravación de la pena, cuando la conducta se cometiere: a) Con sevicia; b) Cuando una o varias de las conductas mencionadas

se perpetren en vía o sitio público; c) Valiéndose de inimputables o de menores de edad o en presencia de aquellos; d) Cuando se cometan actos sexuales con los animales; e) Cuando alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores se cometiere por servidor público o quien ejerza funciones públicas. Empero, en su parágrafo 1° señala que quedan exceptuadas de las penas previstas en esta ley, las prácticas, en el marco de las normas vigentes, de buen manejo de los animales que tengan como objetivo el cuidado, reproducción, cría, adiestramiento, mantenimiento; las de beneficio y procesamiento relacionadas con la producción de alimentos; y las actividades de entrenamiento para competencias legalmente aceptadas. En el parágrafo 2°, exceptúa las acciones realizadas con fines de salubridad pública tendientes a controlar brotes epidémicos, o transmisión de enfermedades zoonóticas. Luego, en el parágrafo 3°, precisa que quienes adelanten las conductas descritas en el artículo 7° de la Ley 84 de 1989 no serán objeto de las penas previstas en la presente ley.

El artículo 7° mencionado, fue declarado inexecutable por la sentencia C-041 de 2017 de la Corte Constitucional, difiriendo los efectos de la decisión por el término de dos años, para que el Congreso de la República adoptase la legislación a la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, la referida providencia fue anulada parcialmente por medio del Auto No. 547 del 22 de agosto de 2018 de la misma corporación, por violación de la cosa juzgada constitucional frente a lo resuelto en las sentencias C-666 de 2010 y C-889 de 2012, sobre este aspecto, de lo cual se hablará más adelante.

Por consiguiente, aquellas conductas que generen grave sufrimiento, dolor o angustia a un animal, deben ser objeto de penalización.

Ahora bien, en las corridas de toros, el uso de banderillas, espadas y demás elementos corto punzantes, que llevan finalmente a una muerte dolorosa, indudablemente ocasionan dolor y angustia a los bovinos víctimas de esta práctica. Lo mismo ocurre con el coleo, donde si bien no muere de inmediato el animal, está ampliamente documentada la fractura de columna, cadera o extremidades que sufren estos semovientes, lo mismo que ocurre, en las peleas de gallos, rejoneo y demás prácticas de que trata el párrafo mencionado, no siendo excusa que los dueños consientan en tales atropellos.

De otro lado, como en ocasiones no sobreviene la muerte, sino lesiones, nos referiremos a las mismas teniendo en cuenta que la expresión “*menoscaben gravemente*”, contenida en la Ley 1774 como motivo de penalización, fue demandada por inconstitucional, al considerarse que no ofrecía claridad para determinar el daño sufrido por el animal.

Como consecuencia, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-041 de 2017 para resolver esta demanda, y declaró exequible dicho texto, llegando a tal conclusión luego de analizar el precepto y los conceptos de maltrato animal y su gravedad. La Corte fijó pautas acerca de cuándo la acción u omisión debe contemplarse bajo la óptica del derecho penal y cuándo del policivo.

En el fallo se consideró que dicha expresión determina en cuál de las dos fronteras se ubica el hecho cometido, precisando que, aunque reviste algunas dificultades (dado que se trata de una locución cuyo alcance depende de un juicio de valor dirigido a establecer la intensidad del quebranto o deterioro de la salud o integridad del animal) no queda en la indefinición.

Sostuvo la Corte, que se trata de un tipo penal abierto, pero a la vez de resultado, cuyo objeto es la protección de la vida e integridad animal, y que el operador jurídico mediante un ejercicio que no es excesivamente complejo podrá determinar lo pertinente. Para ello, estimó que el acto de maltrato de índole grave, supone una

intervención en la salud o integridad con un impacto significativo en las funciones vitales de los animales.

Por consiguiente, con fundamento en la severidad de la injerencia en el organismo de la víctima animal, deberá determinarse en cada caso particular, si se trata de un daño severo de su salud o integridad, tomando en consideración la naturaleza o características del afectado.

Concluyó que es correcto incluir en dicha descripción -sin necesidad de otras apreciaciones- algunas de las conductas a que se refiere el art. 6° de la Ley 84 de 1989, como son los que supongan (i) herir a un animal por golpe, quemadura, cortada o punzada o con arma de fuego, (ii) remover, destruir, mutilar o alterar cualquier miembro, órgano o apéndice de un animal vivo, sin que medie razón técnica, científica, zooprofiláctica, estética o se ejecute por piedad para con el mismo, (iii) “pelar” o “desplumar” animales vivos, (iv) recargar de trabajo a un animal a tal punto que como consecuencia del exceso o esfuerzo superior a su capacidad o resistencia se le cause agotamiento o extenuación manifiesta, (v) envenenar o intoxicar a un animal, usando para ello cualquier sustancia venenosa, tóxica, de carácter líquido, sólido, o gaseoso, volátil, mineral u orgánico y (vi) hacer con bisturí, aguja o cualquier otro medio susceptible de causar daño o sufrimiento prácticas de destreza manual o practicar la vivisección con fines que no sean científicamente demostrables y en lugares o por personas que no estén debidamente autorizadas para ello.

Pone de presente que el operador puede remitirse a los significados del Estatuto de Protección Animal (art. 6), al Código Penal, a las decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Finalmente, resalta que en la ley examinada el impacto significativo en las funciones vitales de los animales tiene como bien jurídico tutelado la vida, la integridad física y emocional de estos seres sintientes. En efecto, si se mutila un miembro u órgano o lo hacen impropio para su función, causan a un animal -lo mismo que si tratase de una persona- lo que produce incapacidad, invalidez o anomalía psíquica permanente, también cuando se desfiguran de manera notoria y permanente.

Si bien, la frase impacto significativo que utiliza la Corte, también es amplia, esta se puede ir reduciendo y haciendo completamente tangible, en tanto se entienda como el efecto o consecuencia del maltrato, de naturaleza trascendente y de importancia, según se afecte al animal para desarrollar su vida en condiciones de bienestar, esto es, sin dolor, con posibilidad de ejercer sus funciones y conductas naturales, proveer a su subsistencia, desplazarse y demás comportamientos que le son inherentes; en esto habría de ver si la consecuencia es definitiva, valga decir la pérdida definitiva de un miembro, órgano o función, o si es temporal, si es inhabilitante para realizar las funciones necesarias para la vida, como el desplazamiento o la alimentación, o si su causación generó un grado de dolor, físico o emocional, sobre esto último se basa en el entendimiento que los animales pueden tener emociones.

Para entender estos conceptos se puede acudir, al tratamiento general que se da a las lesiones en el campo jurídico, puesto que estas en términos generales son sinónimo de daño, herida, o menoscabo. En nuestro Código Penal vigente, las lesiones personales se definen en el Artículo 111: *“Lesiones. El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.”* Traspolando este concepto al tema que nos ocupa, tenemos entonces que se definiría la lesión al animal, como el daño en su cuerpo o salud.

Obsérvese que en el Código Penal se hacen precisiones que inciden en las penas, como pasa a verse, clasificando así: i) deformidad física resultando más grave la sanción cuando esta fuere permanente, o afectare el rostro (Artículo 113), ii) perturbación funcional, esto es, cuando el daño consistiere en perturbación funcional de un órgano o miembro, agravando la pena cuando fuere permanente (Artículo 114), iii) el Artículo 115 contempla la perturbación psíquica transitoria o permanente, iv) el Artículo 116 penaliza con mayor intensidad cuando la consecuencia sea la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro. Incluso, en el Artículo 117 se prevé la unidad punitiva, cuando como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores. El Artículo 118 se refiere al aborto. El Artículo 119 establece circunstancias de agravación punitiva.

Estos parámetros aplican también al caso de los animales, puesto que el daño se apareja a la pérdida anatómica o funcional, a la deformidad y demás eventos que se contemplan para el caso de los humanos.

Como consecuencia, y para tasar lo anterior, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (s.f.), entidad que en nuestro país se encarga de valorar las lesiones, estableció un Reglamento Técnico para el Abordaje Integral de Lesiones en Clínica Forense. En él, se define que *“En términos médico legales, para los efectos jurídicos, una lesión es una alteración de la morfología y/o fisiología de órganos, sistemas o segmentos corporales, producida por un agente traumático, que trastorna la salud y causa desequilibrios de mayor o menor gravedad, según el daño ocasionado. Para la aplicación de la ley, la lesión debe ser causada por un tercero o agente externo a la persona lesionada, es decir que no puede ser autoinflingida. El perito médico u odontólogo debe describir las heridas externas y, en general, cualquier daño en el cuerpo que se pueda objetivar producido por un agente traumático. Para ello deberá identificar, describir y localizar las alteraciones morfológicas y funcionales observables en el examinado.”*

Previo estos conceptos, volvemos sobre el tema de las excepciones a la penalización, puesto que se ha pretendido tener como absoluta la excepción olvidando que el principio fundamental cual es evitar el sufrimiento animal, impide que determinadas conductas exceptuadas puedan realizarse sin ninguna cortapisa. Estas son, el párrafo 1º del Artículo 339B del Código Penal según se modificó, como ya se indicó, que se refiere a las prácticas, en el marco de las normas vigentes, de buen manejo de los animales que tengan como objetivo el cuidado, reproducción, cría, adiestramiento, mantenimiento; las de beneficio y procesamiento relacionadas con la producción de alimentos; y las actividades de entrenamiento para competencias legalmente aceptadas.

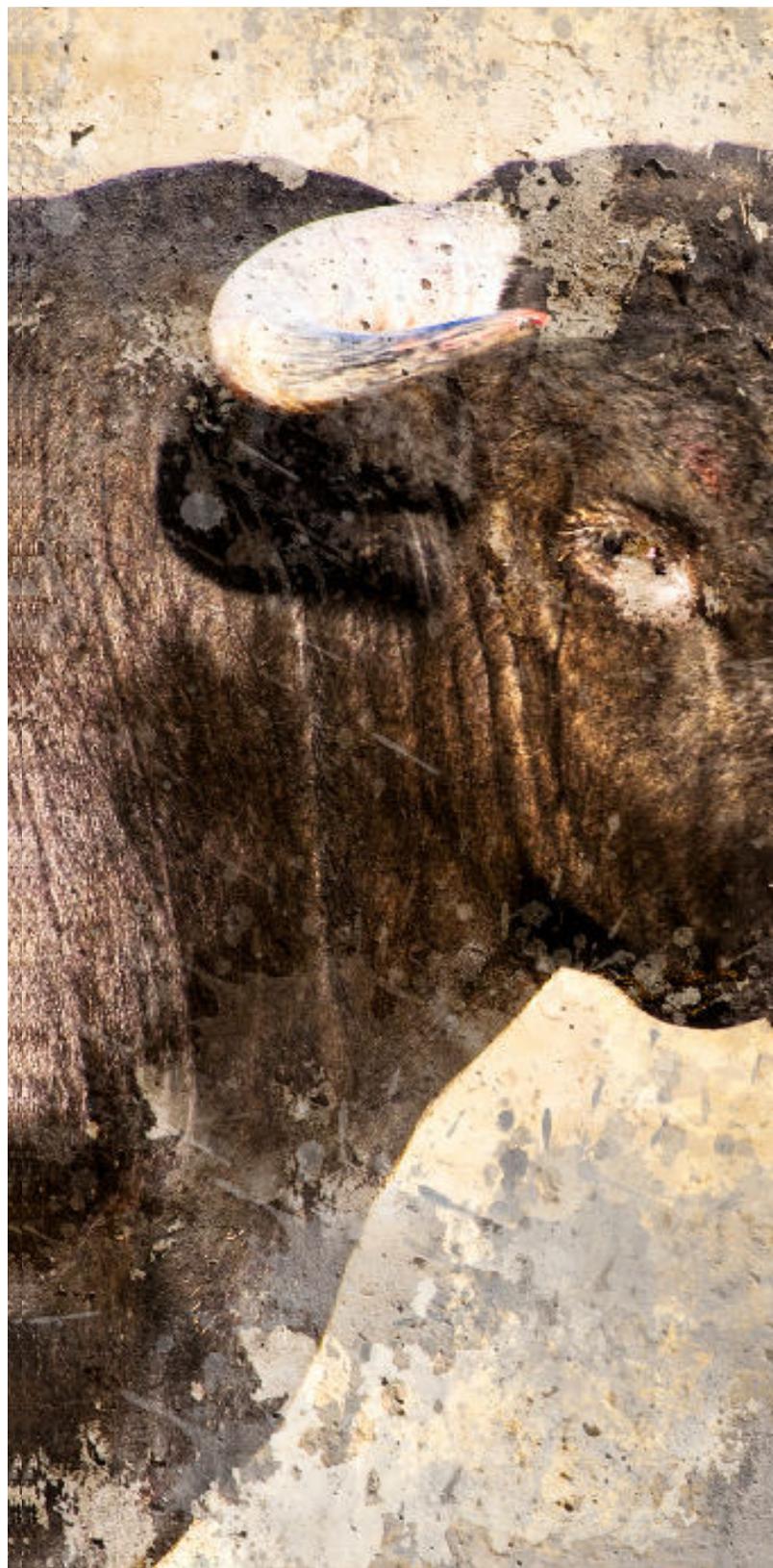
Ello quiere decir, que lo que se permite es la reproducción, cría, entrenamiento y el beneficio (sacrificio) para la producción de alimentos, incluido su transporte, mientras se haga en el marco de las normas vigentes de buen manejo animal. Lo que significa, que si bien, se permite la cría, el animal debe

estar en buenas condiciones, y que cuando se sacrifica, sea estrictamente bajo normas humanitarias.

Para el efecto, se puede consultar en diversas páginas web que coinciden al respecto, como el portal de la Organización Mundial de Sanidad Animal OIE (s.f.), del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA (s.f.), el Decreto 2113 de 2017, la Ley 1955 de 2019 (que en su Artículo 324 dispone la implementación de una política de protección y bienestar de animales domésticos y silvestres), el concepto de bienestar animal, donde entre otras disposiciones, se definen y se señalan las pautas para el sacrificio. Es importante destacar el concepto de bienestar animal para estos efectos: *“Bienestar animal designa el modo en que un animal afronta las condiciones de su entorno. Un animal está en buenas condiciones de bienestar si (según indican pruebas científicas) está sano, cómodo, bien alimentado, en seguridad, puede expresar formas innatas de comportamiento y si no padece sensaciones desagradables de dolor, miedo o desasosiego. Las buenas condiciones de bienestar de los animales exigen que se prevengan sus enfermedades y se les administren tratamientos veterinarios; que se les proteja, maneje y alimente correctamente y que se les manipule y sacrifique de manera compasiva. El concepto de bienestar animal se refiere al estado del animal. La forma de tratar a un animal se designa con otros términos como cuidado de los animales, cría de animales o trato compasivo”.* (INVIMA, s.f.)

Otra situación se refiere al control de salubridad pública, que da pie a que empleados inescrupulosos pretendan tergiversar la norma y llevar a cabo masacres de animales, retorciendo el sentido de la norma, contenida en el parágrafo 2º del Artículo 339B del Código Penal. Veamos el texto: *“Quienes adelanten acciones de salubridad pública tendientes a controlar brotes epidémicos, o transmisión de enfermedades zoonóticas, no serán objeto de las penas previstas en la presente ley”.*

Las acciones de salubridad –repítase- no pueden escurrir matanzas indiscriminadas y completamente innece-



² Artículo 65. Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de el.



sarias, pues si no hay justificación y se da muerte a animales sin que existan debidamente comprobados brotes epidémicos zoonóticos, debe aplicarse la sanción penal.

En efecto, solo la existencia de un brote epidémico grave entendido como el surgimiento súbito de una enfermedad en un sitio determinado, que claramente sea atribuible a causas zoonóticas suficientemente comprobadas podría dar lugar a acciones de esta índole, pero no se trata de suposiciones sin base real o científica.

Para la investigación de posibles brotes de este tipo, se han desarrollado una serie de criterios y medidas por parte de los epidemiólogos, que según los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos de América CDC (s.f.), implican la verificación del diagnóstico relacionado con el agente infeccioso, la real existencia del brote, la elaboración de una hipótesis sobre lo que parece estar causando el brote, y solo cuando no quede duda, para nuestro caso, podría justificarse la excepción; teniendo el cuidado, que aún luego del estudio de la hipótesis, se deben recoger datos y realizar mayores análisis, esto es, afinar la hipótesis y llevar a cabo un estudio más a fondo, para establecer la causa de la enfermedad.

Ahora bien, las autoridades de salud lo que deben propugnar es, primero desarrollar y aplicar sistemas de control y prevención. En efecto, hay que adoptar medidas tendientes a la tenencia responsable, recolecta de las heces de los animales, los procedimientos apropiados para la manipulación de alimentos, y por una atención veterinaria a los animales que protegerá a estos y a las personas, mediante pasos que resultan simples, como desparasitar, vacunar, no abandonar a los animales de compañía, campañas de esterilización, lucha contra las ventas callejeras, llevar asistencia médico veterinaria a los sectores menos favorecidos, educar en la protección animal y responsabilidad en su tenencia, y hacer jornadas de vacunación.

Ahora bien, en lo que atañe con las corridas de toros,

rejoneo, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como el coleo, las peleas de gallos, si bien, la norma que declaró inconstitucional la no penalización de estas actividades, no es menos cierto, que la determinación fue tomada, en razón a que con anterioridad, ya existía un pronunciamiento al respecto, contenido en la sentencia C-666 de 2010, donde se establecieron una serie de restricciones para las corridas de toros, y de ninguna forma se entiende, como han dicho algunos, que estas volvieron sin condicionamientos, pues claramente, se dijo que mientras no se produzca una legislación que disponga abolirlas, están limitadas a lo siguiente:

- 1) Que los animales afectados deben recibir protección especial contra el sufrimiento y el dolor, durante el transcurso de esas actividades. De lo cual cabe deducir que si aún en las actuales circunstancias, no se toman medidas en las corridas de toros para minimizar el padecimiento de los toros, se estaría incurriendo en delito. Por ende, cabría aplicar la norma punitiva penal a las corridas que hoy en día se celebran, dado que no toman en cuenta lo ordenado por la Corte. Establecer dichas medidas de protección es tarea a desarrollar por veterinarios y expertos, y abre un debate, en el sentido que, si de manera tácita se está diciendo que no es posible dar muerte a los toros, pues la muerte implica dolor, y, por ende, no habría forma de cumplir ese objetivo de protección especial contra el sufrimiento. Igualmente, tampoco podría hacerse uso de banderillas y picas, pues las mismas, ocasionan padecimiento que tampoco puede ser evitado.
- 2) Que únicamente podrán desarrollarse en aquellos municipios en los que las mismas sean manifestación de una tradición regular, periódica e ininterrumpida y que por tanto su realización responda a cierta periodicidad; de esta regla se infiere que los alcaldes de poblaciones donde no sean costumbre las corridas de toros o esta se haya interrumpido, no podrán autorizar tales prácticas, so pena de incurrir en prevaricato y en falta disciplinaria.
- 3) Consecuencia de lo anterior, únicamente se pueden desarrollar en aquellas oca-

siones en las que usualmente se han realizado, so pena de incurrir en falta o delito, como en el párrafo precedente.

- 4) La Corte precisó que estas son las únicas actividades que se mantienen a pesar del deber constitucional de protección a los animales.
- 5) Las autoridades municipales no podrán destinar recursos del erario para construir instalaciones o recintos para la realización exclusiva de tales actividades. De hacerse, resulta claro concluir que el servidor público quedará incurso en conducta punible de peculado y falta disciplinaria.

El Concejo de Bogotá ha tratado de dar cumplimiento a la forma de interpretar esta normativa, y para el efecto, se destaca, por una parte, el Acuerdo 826 de 2021 (septiembre 21) “*Por el cual se desincentivan las riñas de gallos en el Distrito Capital*”, donde se dispone en su artículo 2° como medidas de desincentivo que: 1. La realización de riñas de gallos exigirá que se eliminen los elementos que laceren, corten, mutilen, hieran, quemen o lastimen de cualquier manera a los gallos. 2. En la realización de riñas de gallos se deberá garantizar la integridad corporal de los animales utilizados, eliminando cualquier forma de mutilación, de alteración de su anatomía, antes o después de la riña, o de causación sufrimiento o daños innecesarios, de acuerdo con la jurisprudencia y las normas vigentes. Previamente, los gallos criados y usados en riñas deberán garantizárseles libertad de movimiento y buenas condiciones de tenencia, por lo que no podrán ser mantenidos en jaulas o amarrados. Los medios utilizados para mantenerlos y transportarlos no podrán causarles daños o sufrimiento físico o emocional, ni antes ni después de la riña.

Igualmente, se profirió el Acuerdo No. 767 de 2020, “*Por el cual se desincentivan las prácticas taurinas en el distrito capital y se dictan otras disposiciones*” donde se dispone en su Artículo 3°, que la realización de las prácticas taurinas permitidas exigirá la eliminación de todos los instrumentos que laceren, corten, mutilen, hieran, quemen o lastimen en cualquier forma a los animales, o les den muerte.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta y en materia de

blicos, no solo significa para estos una causal de agravación de la pena, sino que se incurre en conducta disciplinaria, concretamente falta gravísima, al tenor de lo preceptuado en la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único (CDU), su artículo 48 señala que es falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo, en cuyo caso, la sanción es la destitución e inhabilidad, e igualmente, en el estatuto que la sustituye, la Ley 1952 de 2019 en vigencia desde el 2022, se refiere a las faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal¹.

En el caso del coleo y las corralejas, que se mantienen bajo un criterio más de tener contentos a sectores populares, que, de intentar un cambio de actividad, buscando eventos culturales y más provechosos, cambiando pensamientos atávicos, no se conoce la toma de medidas frente a los claros maltratos que sufren los ganados víctimas de tales actividades.

En conclusión, puede afirmarse que, si se celebra una corrida de toros, o de rejoneo o coleo, riña de gallos, corraleja, donde no se tomen las medidas especiales de protección contra el dolor para los animales, se está desconociendo la normatividad de protección animal, pues esta no puede verse de forma aislada como un mandato de simple permisividad sino existe un claro condicionamiento y es a evitar el dolor al animal.

En otras palabras, el coleo y las corridas de toros, sin tomar medidas efectivas de amparo contra el daño y el dolor que sufren los animales, se torna indudablemente en una forma de maltrato animal.

Por consiguiente, quienes intervienen en estas actividades deben ser penalizados, e igualmente, las autoridades, policía, alcaldes y demás, también quedan incurso en falta disciplinaria.

Referencias

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (s.f.) Reglamento Técnico para el Abordaje Integral de Lesiones en Clínica Forense. <https://www.medicinalegal.gov.co/normalizacion-forense/guias-protocolos-y-reglamentos>

Organización Mundial de Sanidad Animal OIE (s.f.) Bienestar Animal. <https://www.oie.int/es/que-hacemos/sanidad-y-bienestar-animal/bienestar-animal>

Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA.(s.f.) Bienestar animal en plantas de beneficio de bovinos y porcinos. https://www.invima.gov.co/documents/20143/426809/BIENESTAR_ANIMAL.pdf/ad52a638-30ae-8af8-4dee-c0fe11dc41da?t=1559844826581

Centros para el Control y Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos de América (CDC).(s.f.) Manual de investigaciones penales y epidemiológicas conjuntas. <https://www.cdc.gov/phlp/docs/crimepihandbook2016-spanish.pdf>

Colombia. Congreso de la República. Ley 1774 de 2016. Diario oficial. Bogotá.

Colombia. Congreso de la República. Ley 84 de 1989. Diario oficial. Bogotá.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1952 de 2019. Diario oficial. Bogotá.

Colombia. Congreso de la República. Ley 734 de 2002. Diario oficial. Bogotá.

Colombia. Concejo de Bogotá. Acuerdo 826 de 2021 (septiembre 21) “Por el cual se desincentivan las riñas de gallos en el Distrito Capital”.

Colombia. Concejo de Bogotá. Acuerdo no. 767 de 2020, “Por el cual se desincentivan las prácticas taurinas en el distrito capital y se dictan otras disposiciones”.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C- 666 de 2010.

Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-041 de 2017

Corte Constitucional, Sala Plena. Auto No. 547 del 22 de agosto de 2018

Reflexiones jurídicas de la obligatoriedad de la vacuna contra el COVID-19 en Colombia



Reflexiones jurídicas de la obligatoriedad de la vacuna contra el COVID-19 en Colombia

Autor:

Lizeth Daniela Estupiñan Quesada*

Resumen:

En un Estado social y democrático de derecho, la exigibilidad de soporte de vacunación contra el Covid-19 desconoce los valores constitucionales a la igualdad, justicia, libertad, democracia y participación. Así mismo, inadvierte principios fundamentales y derechos constitucionales tales como la dignidad humana, la autonomía corporal, el libre desarrollo de la personalidad y el consentimiento libre, previo e informado.

Palabras clave: Covid-19, Decreto 1615 de 2021, derechos fundamentales, Estado social y democrático de derecho, obligatoriedad, vacuna.

Abstract:

In a social and democratic State of Law, the enforceability of vaccination support against Covid-19 ignores the constitutional values of equality, justice, freedom, democracy and participation. Likewise, it ignores fundamental principles and constitutional rights such as human dignity, bodily autonomy, free development of personality, and free, prior and informed consent.

Key words: Covid-19, Decree 1615/2021, fundamental rights, Social and Democratic State of Law, mandatory, vaccine.

La exigibilidad de soporte de vacunación contra el Covid-19 desconoce los valores constitucionales a la igualdad, justicia, libertad, democracia y participación.

La entrada en vigencia del Decreto 1408 de 2021¹ y posteriormente el Decreto 1615 de 2021² pone de presente una serie de vicisitudes en razón a la incompatibilidad con la Carta Superior. Se presenta la transgresión de los valores constitucionales a la igualdad, justicia, libertad, democracia y participación; principios fundamentales contemplados en el artículo 1 y 2 de la norma superior, así como los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía corporal y consentimiento libre, previo e informado.

Lo anterior, considerando que mediante el Decreto 1615, a la fecha vigente, del 30 de noviembre de 2021³, el Gobierno nacional ordena -entre otros asuntos-, la exigencia de la presentación de soporte de vacunación contra el Covid-19, como requisito de ingreso a distintos lugares públicos y privados que impliquen asistencia masiva⁴ especificando ciertos lugares públicos⁵. Con ello se restringe la participación en la vida socio cultural, socio política y económica de la población no vacunada, prometiendo ampliar la restricción a otros escenarios y eventos⁶.

Mediante una metodología analítica-descriptiva, a lo largo de este artículo de reflexión académica, se pondrá de presente la transgresión de los valores constitucionales consagrados en el preámbulo. Posteriormente, me referiré a los principios fundamentales soslayados y por último a los derechos y libertades fundamentales conculcadas en el marco del Estado social de derecho. Todo ello, en razón a la exigibilidad por parte del soporte de vacunación a los habitantes del territorio nacional.

Desconocimiento de los valores constitucionales contenidos en el Preámbulo Superior

El preámbulo⁷ consagra los valores constitucionales dentro del Estado social de derecho. Por ende, como catálogo axiológico fundante de las bases constitucionales del Estado colombiano, deben respetarse y garan-

*Abogada colombiana. Investigadora de la Facultad de Derecho. Especialista en Derecho Administrativo. Candidata a magíster en Defensa de los Derechos Humanos y el DIH ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales de la Universidad Santo Tomás. Integrante del Semillero de Sociología Jurídica y del Grupo de Investigación Doctor Angélico Iuris et realitas. Correo institucional: lizthestupinan@usantotomas.edu.co

tizarse de manera transversal valores como la igualdad, la justicia, la libertad, la democracia y la participación.

Tal como lo ha entendido la Corte Constitucional (2014), la igualdad implica la “prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables” (Sentencia C-178/2014).

Así entonces, las decisiones adoptadas por el Gobierno nacional mediante el decreto en pugna, incita a una nueva forma de discriminación por motivos no sólo prohibidos por el orden constitucional, sino contrario a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, de manera irracional y arbitraria, al prohibir el ejercicio de derechos constitucionales y la participación en la Nación a las personas que no han recibido la vacuna contra el Covid-19.

Por su parte el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) expresa que: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Así mismo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)⁸, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹⁰, salta a la vista, que dichos instrumentos internacionales vinculantes para Colombia, se establece la expresión “o de cualquier índole”, precisamente para prever otras formas de discriminación que

se generen en los Estados. Así pues, debe entenderse que cuando el Gobierno nacional, por medio del Decreto 1615 de 2021, da un tratamiento legal diferente entre las personas vacunadas y las no vacunadas, promueve una nueva forma de discriminación en razón a la libre autodeterminación de los individuos en abstenerse de recibir sustancias químicas en su propio cuerpo. En relación con el valor constitucional de la justicia, es claro que ante la inobservancia del valor de la igualdad, produce implícitamente una violación a la virtud que consiste en determinar a quién le pertenece alguna cosa conforme a derecho (Corte Constitucional, 2021). Es precisamente esa falta al deber ser de las cosas, lo que ha llevado al Gobierno a desconocer desproporcionadamente valores, principios, derechos humanos y constitucionales de los habitantes de la población con las medidas adoptadas en el Decreto 1615 de 2021.

Ahora bien, la libertad como valor y presupuesto para el ejercicio de derechos fundamentales, legitima la autonomía de los individuos en pro de decidir la opción de vida que consideren. Por lo que el Estado debe brindar las condiciones para su ejercicio disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas independientemente de las decisiones que emane de su fuero interno con respecto a su cuerpo. De lo contrario se estaría negando la validez de su opción de vida, sancionando el ejercicio de una alternativa legítima, que se deriva directamente de su derecho de autodeterminación y de su dignidad humana (Corte Constitucional. Sentencia C-336/08).

Las disposiciones contenidas en el Decreto 1615 de 2021 no realizan un tratamiento jurídico acorde con el

¹ Ministerio del Interior. Decreto No.1408 de 2021. Entrada en vigencia 03 de noviembre de 2021.

² Ministerio del Interior. Decreto No.1615 de 2021. Entrada en vigencia 30 de noviembre de 2021.

³ Decreto 1615 de 2021: “Artículo 2. Exigencia del Carné de Vacunación. Las entidades territoriales deberán adicionar a los protocolos de bioseguridad vigentes, la presentación obligatoria del carné de vacunación contra el Covid-19 o certificado digital de vacunación (...) en el que se evidencie, como mínimo, el inicio del esquema de vacunación, (...)”

⁴ La vida en sociedad (componente sociológico) como uno de los elementos del Estado, implica la presencia masiva de seres humanos. Negar dicha realidad, es negar la existencia de una Nación.

⁵ Decreto 1615 de 2021: “Artículo 2. (...) como requisito de ingreso a: (i) eventos presenciales de carácter público o privado que impliquen asistencia masiva y, (ii) bares, gastrobares, restaurantes, cines, discotecas, lugares de baile, conciertos, casinos, bingos y actividades de ocio, así como escenarios deportivos, parques de diversiones y temáticos, museos, y ferias”.

⁶ Parágrafo 3. El Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Interior, podrá ampliar esta medida a otras actividades o sectores, de acuerdo con la evolución de la pandemia contra el Covid - 19 Y el avance del Plan Nacional de Vacunación.

valor de la libertad. El Gobierno nacional, desconoce toda decisión válida y legítimamente adoptada por los habitantes que deciden sobre su cuerpo como parte de su opción de vida, de abstenerse en recibir alguna o algunas de la dosis de vacunas contra el Covid-19. Por último, la participación, ha sido entendida por la Corte Constitucional (2015) como un valor constitucional que en concordancia con el valor democrático, caracteriza a un Estado social de derecho. (Sentencia C-150/15).

De ahí que se reconozca la posibilidad de que absolutamente todos los individuos y naturalmente las minorías, se opongan a las determinaciones de las mayorías cuando tales decisiones tengan la aptitud de afectar los derechos que constitucionalmente les han sido reconocidos y que les permiten expresar su individualidad.

Considerando que el porcentaje de personas vacunadas, con mínimo una dosis de vacuna contra el Covid-19, es mayor al número de personas no vacunadas, podemos evidenciar que se configura una minoría de la población que no ha optado por esa decisión. Tal y como lo indica el mismo Decreto 1615 de 2021 “faltan por iniciar el esquema de vacunación 8’878.322 personas que pertenecen a los diferentes grupos que integran las etapas del mencionado plan, las cuales se consideran susceptibles de contagio por el virus SARS-COV-2” (p. 9). Esto equivale a menos de la mitad de los habitantes colombianos. De allí que la identificación y reconocimiento de la minoría por su decisión de abstenerse de recibir dosis de

la vacuna, debe ser respetada en sus derechos y libertades fundamentales, sin resultar adversas las consecuencias de no optar por la determinación de la mayoría.

“De otra forma dicho se trata de la protección de un ámbito de libre configuración personal, inmune a cualquier injerencia injustificada y que permite a las personas tomar decisiones individualmente o en familia. Esta protección de las decisiones privadas como forma de participación se apoya, entre otras disposiciones, en el artículo 1º que reconoce la dignidad de las personas y el pluralismo, en el artículo 16 de la Carta al amparar el libre desarrollo de la personalidad (...). Debe advertir la Corte que las anteriores formas de participación no agotan las posibilidades existentes en esta materia. En efecto, en atención al carácter expansivo de la democracia y a la condición de mandato de optimización del principio de participación, es posible identificar y desarrollar otros instrumentos que hagan realidad el compromiso constitucional de promover, en la mayor medida posible, la incidencia de los ciudadanos en las decisiones que los afectan (art. 2)”. (Sentencia C-150/15)

Es a todas luces claro que la guardiana de la constitución previó en su jurisprudencia, otras posibles situaciones desconocedoras del respeto de la participación de los habitantes en las decisiones que los afectan. En consecuencia, el mandato constitucional de aplicar el principio de la participación, ligado al de la democracia, pluralismo y dignidad huma-

⁷ “El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”. (Sentencia C-479/92).

⁸ Artículo 7 DUDH determina: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. (Énfasis propio).

⁹ Artículo 26 PIDCP: “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Por su parte el artículo 20 explicita que: Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley” (Énfasis propio).

¹⁰ PIDESC. Artículo 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.



na, prohíben que en este caso, el Gobierno nacional adopte restricciones irracionales y desproporcionadas como las que contempla el Decreto 1615 de 2021.

“La Corte entiende que la participación como derecho de los ciudadanos y eje medular del ordenamiento constitucional vigente implica (i) el deber del Estado de abstenerse de adoptar medidas de cualquier tipo que impidan el libre ejercicio de la participación por parte de ciudadanos y organizaciones sociales, (ii) el deber de adoptar medidas de todo tipo que eviten que las autoridades públicas o los particulares interfieran o afecten el libre ejercicio de las facultades en cuyo ejercicio se manifiesta la participación y (iii) el deber de implementar medidas que procuren optimizar el desarrollo de las diversas formas de participación y que, al mismo tiempo, eviten retroceder injustificadamente en los niveles de protección alcanzados. Estos deberes del Estado se concretan en deberes específicos a los que a continuación la Corte se refiere: (i) El deber de abstenerse de estatizar la democracia y, en consecuencia, la obligación de proteger el pluralismo (...)” Sentencia C-150/15.

La decisión del gobierno de exhortar a las autoridades públicas y particulares la exigencia de soporte de vacunación, falta al deber del Estado de abstenerse de realizar intromisiones a la órbita privada de los indi-

viduos, ejerciendo coerción sobre los habitantes que en ejercicio de sus derechos y libertades no han recibido la vacuna contra el Covid-19. En consecuencia, impide el libre ejercicio de derechos y participación en la vida pública y privada de las personas; contrario abiertamente a los valores constitucionales correlacionados de dignidad humana, democracia y pluralismo.

Por lo anterior, el decreto 1615 de 2021 contraría el espíritu del preámbulo. La obligatoriedad de recibir la vacuna so pena de la restricción del ejercicio de derechos fundamentales y la participación en los escenarios socio-político, económico y cultural, hacen nugatorio el ideal de la Constitución de asegurar a los integrantes de la nación la dignidad humana, igualdad, justicia, libertad, pluralismo, democracia y participación, como valores fundamentales plasmados en el preámbulo.

Principios fundamentales transgredidos con la exigibilidad de soporte de vacunación

El artículo primero constitucional establece el principio fundamental general que ontológicamente concibe a Colombia como un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada,

con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana (...).” Como lo ha dicho la Corte Constitucional,(1992) dicho principio no debe ser una simple muletilla, sino reflejarse en el actuar y en las decisiones adoptadas por el Estado colombiano.

De allí que esa connotación de social, implique el respeto de la decisión de las minorías, -lo que a su vez-, materializa el principio de igualdad y pluralismo en el marco de una democracia participativa. (Sentencia No. T-406/92).

Así entonces, cuando el Ejecutivo restringe el ejercicio de derechos fundamentales y la participación en la vida de la Nación, haciendo obligatorio el suministro de sustancias químicas en el cuerpo de las personas que no han dado su consentimiento libre y previo, expreso, e informado, desconoce rotundamente el principio de la dignidad humana, la participación y el pluralismo; con ello, la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

Ahora bien, complementariamente, el artículo segundo superior, consagra los fines esenciales del Estado. Dentro de la teleología del Estado social de derecho, se encuentra “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y

facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; (...).” Dicha finalidad, es desconocida tajantemente por el gobierno cuando en primer lugar, (i) transgrede directamente derechos y libertades fundamentales como la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad; y segundo, cuando (ii) restringe el acceso de los habitantes no vacunados a lugares públicos, impidiendo con ello la participación de las personas en la vida socio política, administrativa, económica y cultural de la Nación como componente sociológico del Estado.

Ahora bien, el artículo 15 del PIDESC¹¹, y el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,¹² refieren que los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a las personas de participar en la vida cultural. De allí que cuando el Gobierno nacional, prohíbe el acceso a lugares como museos, cines, o lugares donde precisamente por su esencia cultural, implica la masividad de personas, violenta rotundamente estándares internacionales que protegen el derecho a la participación en la vida socio cultural.

Adicional a ello, restringe la libre participación en la vida social, política y económica. Esto, por cuanto a



quien no acredite haber iniciado o terminado el esquema de vacunación se le restringe el acceso a eventos presenciales de carácter público o privado que impliquen asistencia masiva, bares, gastrobares, restaurantes, discotecas, lugares de baile, conciertos, casinos, bingos y actividades de ocio, así como escenarios deportivos, parques de diversiones y temáticos o ferias.

Así mismo, no hay que perder de vista que en el párrafo 3 del artículo segundo del Decreto 1615 de 2021, se faculta al Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Interior, para ampliar la medida restrictiva a otras actividades o sectores, de acuerdo con la evolución de la pandemia contra el Covid- 19 y el avance del Plan Nacional de Vacunación. (Énfasis propio). Se pone así de presente, la dimensión de vulnerabilidad que genera el Decreto 1615 de 2021, excluyendo de todas las actividades de la vida pública y privada a las personas no vacunadas, en escenarios socio-culturales y económicos.

Derechos fundamentales: Derecho a la dignidad humana

La dignidad humana como principio fundante, constitucional y derecho fundamental, implica la abstención del Estado colombiano de desconocer la autonomía de la que gozan los habitantes en el territorio

nacional para autodeterminarse dentro del plan de vida que cada uno elabore. Así mismo, la salvaguarda de la integridad física y moral, quedando prohibida toda forma de humillación o tortura. De allí que dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo, equivalga: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado (Corte Constitucional, sentencia T-291/2016)¹³.

Por lo antedicho, la obligatoriedad de presentar el soporte de vacunación se inmiscuye en la toma de decisiones autónomas de los administrados dentro de su proyecto de vida. Adicional a ello, la integridad moral de las personas que adoptaron la decisión de negarse a recibir las vacunas, se ve gravemente afectada. Esto, considerando que el Estado no está legitimado para restringir el ejercicio de derechos ni principios como consecuencia de la toma de decisiones libres y constitucionales por parte de la población no vacunada.

En consecuencia, la garantía del derecho a la dignidad humana implica el respeto de la decisión sobre el cuerpo que dentro de la potestad privada adopte cada persona de cómo quiere vivir en el marco de un Estado social de derecho.

¹¹ El artículo 15 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, refiere que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los siguientes derecho a toda persona: a) Participar en la vida cultural; (...) 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales. (Énfasis propio).

¹² El artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, manifiesta que: 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. (Énfasis propio).

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-291/2016. Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). (Corte Constitucional, Sentencia T-881/02)

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, contempla en el artículo 11 la protección de la dignidad. Al respecto expresa que toda persona tiene el derecho al reconocimiento de la misma, y en consecuencia ninguna persona es susceptible de injerencias arbitrarias o abusivas. Por tanto, debe existir una protección legal reforzada ante cualquier tipo de injerencia arbitraria por parte del Estado o de los particulares.

De lo anterior se deduce que la observancia del derecho a la dignidad humana responde a la no injerencia arbitraria en la vida privada y familiar de ninguna persona. Esto, por cuanto hombres y mujeres están investidos de dignidad, y por ende, son seres capaces de decidir lo más benéfico para vivir, su salud y condiciones de vida. Por lo que la decisión adoptada por el Gobierno nacional desconoce la dignidad humana, al hacer exigible la aplicación de sustancias químicas en el cuerpo de las personas objetoras de conciencia o que en ejercicio del libre consentimiento informado han decidido no vacunarse.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad: presupuesto para la autonomía corporal y el consentimiento libre, previo e informado

El libre desarrollo de la personalidad es multifacético. En ejercicio de ese derecho fundamental y constitucional consagrado en el artículo 16 superior, emanan otros dos derechos derivados como los son: (libre autonomía corporal y el consentimiento libre, previo e informado).

Autonomía corporal

En relación no sólo con el libre desarrollo de la personalidad, sino también con la dignidad humana, la autonomía corporal demanda que el Estado deba proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional". (Corte Constitucional, Sentencia C-336/08).

De manera que la exclusión de la vida socio cultural y económica por medio de la vulneración de derechos y libertades fundamentales, ejerce presión sobre los administrados, obligándolos a que acepten sin querer, recibir en su cuerpo sustancias químicas, para que pueda participar de todos los eventos y escenario públicos y privados. Lo predicho, considerando que las convicciones personalísimas, no son negociables y no puede acarrear consecuencias negativas de ningún tipo, el considerar que la vacuna no es el mejor mecanismo para garantizar la salud de las mismas. La Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social. Se configura una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libre-

¹⁴ El objetivo del Plan Nacional de Vacunación contra el Covid-19 es reducir la morbilidad grave y la mortalidad específica por Covid-19, disminuir la incidencia de casos graves y la protección de la población que tiene alta exposición al virus y reducción del contagio en la población general, con el propósito de controlar la transmisión y contribuir a la inmunidad de rebaño en Colombia. En consideración a que la vacuna contra el Covid-19 es un bien escaso, la priorización se sustenta exclusivamente en criterios epidemiológicos basados en los principios contenidos en este Plan, sin consideración a credo, capacidad económica, género, grupo étnico o condición de discapacidad. (Plan Nacional de Vacunación contra el Covid-19, p. 12)

¹⁴ El objetivo del Plan Nacional de Vacunación contra el Covid-19 es reducir la morbilidad grave y la mortalidad específica por Covid-19, disminuir la incidencia de casos graves y la protección de la población que tiene alta exposición al virus y reducción del contagio en la población general, con el propósito de controlar la transmisión y contribuir a la inmunidad de rebaño en Colombia. En consideración a que la vacuna contra el Covid-19 es un bien escaso, la priorización se sustenta exclusivamente en criterios epidemiológicos basados en los principios contenidos en este Plan, sin consideración a credo, capacidad económica, género, grupo étnico o condición de discapacidad. (Plan Nacional de Vacunación contra el Covid-19, p. 12)

¹⁵ ARTÍCULO 10. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PERSONAS, RELACIONADOS CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud: (...) d) A obtener informa



mente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional. No basta que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que en la necesaria ponderación valorativa se respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado.

Llama la atención que si la razón de ser de cualquier vacuna es inmunizar los organismos de las personas que la recibieron, no sea procedente fundamentar la exigibilidad de la misma con base en la prevalencia del interés general o la salud pública dentro de un orden constitucional; pues claramente no se pone en riesgo derechos ajenos ni está contrariando el principio de interés general dentro de un orden constitucional¹⁴.

Por ende, no se cumplen presupuestos legítimos para limitar o restringir desproporcionadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad; toda vez que en el marco de una ponderación valorativa, prevalece jerárquicamente como derecho fundamental.

Así entonces, en consonancia con la jurisprudencia constitucional, el método jurídico de ponderar derechos tiene como finalidad dar solución a derechos y/o principios fundamentales confrontados, o de servir como metodología racional para sopesar libertades fundamentales con posibles limitaciones (Corte Constitucional, sentencia T-027/18). Al no evidenciarse derechos fundamentales transgredidos por la abstención de cierto porcentaje de la población sin vacunarse, no hay lugar a pensar que existan otros derechos de igual jerarquía a los cuales deba ceder el libre desarrollo de la personalidad.

ción clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir un tratamiento de salud; (...) f) A recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos;

¹⁶ Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso I.V.* vs. Bolivia. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.

Derecho al consentimiento, previo e informado

Como un derecho humano, el consentimiento libre, previo e informado, implica el ejercicio de la libertad de decisión, la aceptación de tratamiento médico o medicación de manera previa a recibirlo y la obtención de una información veraz y amplia respecto a los mismos, todo ello dentro de la manifestación del consentimiento.

La ley 1751 de 2015 determina precisamente que son derechos de los pacientes, entre otros, la autonomía y la libertad de decidir sobre su tratamiento y medicación. Determina que son procedentes razones personales para la adopción de decisiones totalmente libres, sin presiones ni constreñimientos¹⁵.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso I.V vs Bolivia¹⁶, ha señalado en su jurisprudencia los siguiente:

“El consentimiento debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas, o desinformación. Tampoco puede darse como resultado de actos del personal de salud que induzcan al individuo a encaminar su decisión en determinado sentido, ni puede derivarse de ningún tipo de incentivo inapropiado. La manifestación de un consentimiento libre ha sido recogida en una diversidad de documentos internacionales referidos al consentimiento como mecanismo de protección de los derechos de los pacientes, desde el Código de Ética Médica de Núremberg hasta la Declaración Interinstitucional de la ONU. En particular, la Declaración de Helsinki destacó que el médico debe prestar atención al pedir el consentimiento informado cuando el participante potencial está vinculado con el médico por una relación de dependencia o si consiente bajo presión”¹⁷.

El consentimiento es personal, en tanto debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento. En efecto, conforme a las declaraciones de Helsinki y Lisboa, (...) sólo el paciente podrá acceder a someterse a un acto médico¹⁸. Así mismo, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO se refiere al consentimiento derivado de la persona interesada, luego de recibir información adecuada¹⁹.

La jurisprudencia interamericana ha sido enfática en establecer que no puede haber lugar a presiones o coerciones en el momento de la adopción de decisiones libres que deben adoptar los usuarios. Por medio de los decretos 1408 y 1615 de 2021, el Gobierno nacional -arbitraria e ilegítimamente- emplea el instrumento coercitivo del derecho para que los habitantes cedan a aplicarse la vacuna; de lo contrario se estarán limitados cada vez más a ejercer derechos y libertades fundamentales, así como de participar de la vida social, cultural, económica y política de la Nación. Algo totalmente inadmisibles en un Estado social de derecho, donde la dignidad humana, libertad y participación son los pilares del Estado para alcanzar los fines a los que se compromete por medio de la carta magna.

Conclusiones

La implementación de cualquier instrumento jurídico que tenga como finalidad la exigibilidad de soporte de vacunación contra el Covid-19 en el ordenamiento jurídico colombiano, transgrede de manera masiva los valores, principios, derechos y libertades fundamentales de la población no vacunada en Colombia. La exclusión de las personas de la vida socio política, económica, administrativa y cultural, en ejercicio del derecho fundamental a la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, autonomía corporal y el consentimiento libre, previo e informado, desconoce los fines de un Estado social y democrático de derecho.

¹⁷ Declaración de Helsinki, principio 27.

¹⁸ Declaración de Helsinki, principio 25; Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, principio 3; Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Esterilización Forzada (expediente de prueba, tomo VIII, anexo 31 al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, folios 2613 a 2614).

¹⁹ Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, artículo 6.1.

Referencias

Asamblea Constituyente (1991). Constitución Política de Colombia.

Asamblea General de Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ces-cr.aspx>

Asamblea General de Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Asamblea General de Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Congreso de la República. (2015). Ley 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 51818 del 2021. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/ley_1751_2015.html

Conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Corte Constitucional. (2021) Glosario. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/glosario.php>

Ministerio del Interior. (2021). Decreto 1615 del 30 de noviembre de 2021. Recuperado de: https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201615%20DEL%2030%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202021.pdf?TSPD_101_R0=0883a32c4dab2000c5d63e4fde1dc5e8281d6f0578b3f04360625577369151cc-db00bf435811f6ac08dca80435145000221746b74a7c4de0e28d09efd90ef635c35ae-8406ffb5ab9b06be0a25e00aeca95b77ca1d06661aeb91f912b9853099d4fc34dba-57fd8d6ae209c8227a2d2017c09decf58bc35c63bddbc0e76e6f0a

Corte Constitucional. Sentencia No. T-406/92. M.P. Ciro Angarita Baron.

Corte Constitucional. Sentencia C-479/92. M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo y Alejandro Martinez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-505/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Sentencia T-881/02. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia C-336/08. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-178/14. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia C-150/15. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional Sentencia T-291/2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). Caso I.V vs. Bolivia
Sentencia de 30 de noviembre de 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Consulta previa y participación de las comunidades étnicas diferenciadas en los programas de alimentación y educación para la primera infancia



Consulta previa y participación de las comunidades étnicas diferenciadas en los programas de alimentación y educación para la primera infancia

Autor

Tatiana López Alvear*

Resumen

Desde la ratificación del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹, en Colombia se han venido desarrollando numerosos procesos² de consulta previa con pueblos indígenas, afrodescendientes y tribales en temas recurrentes como exploración y explotación de recursos naturales. Sin embargo, la consulta previa también debe efectuarse frente a medidas legislativas, administrativas o políticas públicas que tengan la virtualidad de afectar la cosmovisión, cultura y costumbres de las comunidades étnicas. Tal es el caso de los programas de alimentación y educación para la primera infancia.

Palabras clave: consulta previa, participación, autodeterminación, cosmovisión, etnoeducación, consentimiento, comunidades étnicas, políticas públicas, primera infancia.

Abstract

Since the ratification of Convention 169 of 1989 of the International Labor Organization (ILO), Colombia has been carrying out numerous processes of prior consultation with indigenous, Afro-descendant and tribal peoples on recurring issues such as explo-

ration and exploitation of natural resources. However, prior consultation must also be carried out with respect to legislative and administrative measures or public policies that may affect the worldview, culture and customs of ethnic communities, as in the case of early childhood nutrition and education programs.

Keywords: prior consultation, participation, self-determination, cosmovision, ethno-education, consent, ethnic communities, public policies, early childhood.

La complejidad de un proceso de consulta previa sobre educación y alimentación, implica que se aborde necesariamente con un enfoque multidisciplinario.

El Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales emitido por la Organización Internacional del Trabajo, en adelante, OIT, ratificado en Colombia por la Ley 21 de 1991, es el instrumento de derecho internacional que se convierte en el pilar normativo que conforma el bloque de constitucionalidad y, fija las bases fundamentales de la consulta previa en Colombia. Este articulado introdujo la promoción de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos y comunidades que habitan un territorio cuyos miembros aspiran a tener el control de las decisiones político - administrativas que tengan la virtualidad de afectar a su comunidad, ello con el respeto de su cosmovisión e identidad social y cultural⁴. En materia del derecho a la consulta y participación propiamente dicha, el artículo 6 de dicho compilado, dispone que los gobiernos tienen el deber de consultar a los pueblos cuando se adopten medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos.

En los primeros dos artículos de nuestra Constitución, se señala que Colombia es un Estado Social de Derecho, a cuya población se le cualifica como participativa y pluralista, siendo un fin del Estado la garantía de la

*Abogada-Universidad de Cartagena; Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses - Universidad de Cartagena; Máster en Derecho Público con énfasis en Derecho Constitucional, Administrativo e Internacional Público - Universidad Externado de Colombia Oficial Mayor en el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes del Circuito de Cartagena.

¹ Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

² Según el Informe presentado por la Defensoría del Pueblo, “hasta el 30 de marzo del año 2020 se habían adelantado en el país 14.242 consultas previas de 1838 proyectos, 12.104 de estos procesos consultivos fueron a pueblos indígenas en 1428 proyectos, 2102 a afrodescendientes en 380 proyectos, y 36 a raizales en 30 proyectos” (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2020, p. 64).

participación de todos en las decisiones que los afectan, con el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la población que habita en el territorio nacional (artículo 7). Lo anterior, debe armonizarse con el artículo 40 constitucional, que establece el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación y control de la política estatal, ello acompasado con lo previsto en el artículo 70 que garantiza la promoción y el fomento del acceso a la cultura de todos los colombianos, siendo la cultura fundamento de la nacionalidad y el reconocimiento de la igualdad y dignidad como garantías de su ejercicio.

Bajo este entendimiento, la consulta previa debe ser contemplada desde dos ejes o dimensiones. Por una parte, como un derecho fundamental subjetivo que comporta el conocimiento y participación de las comunidades étnicas en las decisiones que afectan sus asuntos; de otro lado, se considera un proceso de diálogo colectivo participativo, orientado a perseguir el consentimiento previo libre e informado de los pueblos, bajo el amparo del principio de buena fe⁵.

Acerca de este tópico la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), desde remotos pronunciamientos ha enfatizado que la consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en las decisiones que les conciernen, se encuentra estrechamente ligada a la protección de la propiedad contemplada en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, en el estudio del caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador⁶, la Corte IDH fijó como una de las principales premisas en lo referente al derecho a la consulta previa y participación de los grupos étnicos que este derecho se debe garantizar en todas las fases de planeación de los proyectos, con el fin que los pueblos afectados puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones (CIDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, num. 167). Posteriormente, la Corte IDH tuvo oportunidad de

pronunciarse sobre el contenido del derecho a la consulta previa en el estudio del caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam⁷. La Corte IDH precisó que es deber del Estado aceptar y brindar información con la constante comunicación entre las partes. Hizo hincapié en que las consultas deben realizarse de buena fe y con procedimientos culturalmente adecuados con el propósito de llegar a acuerdos. Finalmente, puntualizó que se debe consultar en las primeras etapas y no cuando surja la necesidad de obtener aprobación de la comunidad, pues se garantiza un tiempo para la discusión interna de cada comunidad, a la par que se brinda una respuesta adecuada por parte del Estado.

Asimismo y en reciente pronunciamiento, la Corte IDH concluyó que (en el estudio del caso *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*)⁸ el Estado no cumplió su obligación de procurar mecanismos adecuados de consulta libre, previa e informada a las comunidades indígenas afectadas y, en el párrafo 328 de dicha sentencia, ordenó al Estado abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena que puedan afectar su existencia, lo cual debe estar precedido de la provisión de información y la realización de consultas previas adecuadas libres e informadas.

Conviene observar que la Corte Constitucional, en la sentencia SU- 097 de 2017⁹, unificó los estándares fijados para la protección del derecho fundamental a la consulta previa. En dicha providencia, la Corte Constitucional plantea una serie de criterios generales y específicos que definen la aplicación del procedimiento de consulta previa en Colombia. En primer término, la Corte estableció como subregla general que el objetivo de la consulta previa es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas o afrodescendientes sobre las medidas que las afecten con la garantía de participación activa y efectiva, constituido como un proceso de diálogo entre iguales, flexible y adaptable a sus necesidades. Por

³ Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.

⁴ El concepto de identidad cultural encierra un sentido de pertenencia a un grupo social con el cual se comparten rasgos culturales, como costumbres, valores y creencias. La identidad no es un concepto fijo, sino que se recrea individual y colectivamente y se alimenta de forma continua de la influencia exterior (...) el origen de este concepto se encuentra con frecuencia vinculado a un territorio) (Molano, 2007).



otra parte y como reglas específicas, el máximo tribunal constitucional destacó que la consulta debe ser previa como tal, es decir, el Estado debe fijar el modo de realización, debe ser adelantada con los representantes legítimos de la comunidad interesada y estar desprovista de arbitrariedad en las decisiones estatales (Corte Constitucional, Sentencia SU-097 de 2017, párr. 27). Ahora bien, si se realiza un análisis amplio de los asuntos objeto de consulta previa, se evidencia que las materias más recurrentes tienen que ver con la exploración y explotación (extracción) de recursos naturales no renovables o la construcción de grandes obras de infraestructura (macroproyectos), que implican injerencia en los territorios, originada en las medidas administrativas y legales que las sustentan.

Tal sería el caso de políticas públicas o programas de gobierno que, por su influencia en el desarrollo físico y emocional de la población, podrían impactar en la cultura y autonomía de los grupos étnicos minoritarios. Un

ejemplo de ello, serían los programas de alimentación y educación dirigidos a la primera infancia¹⁰ que hacen parte de comunidades étnicamente diferenciadas. En efecto, los programas de alimentación y educación para la primera infancia dirigidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF¹¹), ejercidos por madres y padres comunitarios (Agentes Educativos de Hogares Comunitarios) según se ha definido por la misma entidad, persiguen atender las necesidades básicas de protección, cuidado, nutrición, salud, educación y desarrollo psicosocial de los niños y niñas en la primera infancia. Entendida ésta como la etapa comprendida desde la gestación hasta los cuatro (4) años 11 meses de edad, con mayor vulnerabilidad priorizados conforme a los criterios definidos por el ICBF (2014).

Es vital entonces, reconocer la complejidad de un proceso de consulta previa sobre educación y alimentación, porque necesariamente implica que sobre estos temas se tenga un enfoque multidisciplinario. Si tiene

⁵ “Es un principio general del derecho, consistente en el estado mental de honradez, de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un asunto, hecho u opinión, o la rectitud de una conducta. Exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso. En ocasiones se le denomina “principio de probidad” (CIDH, s.f.).

⁶ En 1996 fue suscrito un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el bloque No. 23 de la Región Amazónica entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio territorial otorgado para ese efecto en el contrato con la CGC comprendía una superficie de 200.000 Ha., en la que habitan varias asociaciones, comunidades y pueblos indígenas, tales como el pueblo Kichwa de Sarayaku (CIDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, num. 167).

un enfoque alimentario debería incluir: nutricionista, trabajadores sociales, pediatras, psicólogos, entre otros; Si el enfoque es educativo, contemplar: docentes, sociólogos, etnólogos, y otras especialidades más. Por otra parte, el proceso de consulta previa para la implementación de estos programas, se efectúa en el marco de un proceso de contratación estatal para la vinculación de los futuros agentes educativos, lo cual también representa otras implicaciones.

Para ilustrar la consulta previa y la participación de los pueblos étnicamente diferenciados en esta materia específica, es pertinente examinar el desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional acerca de la implementación de los programas del ICBF en educación y alimentación para la primera infancia, en las comunidades étnicas diferenciadas, pues este cuerpo colegiado ha trazado los lineamientos que comprende el proceso consultivo y los estándares que deben demarcar su realización.

Se tiene entonces que el primer pronunciamiento fue efectuado por el máximo tribunal constitucional con la Sentencia T-475 de 2016, cuyo problema jurídico se centró en determinar si se habían vulnerado los derechos fundamentales de las comunidades negras y afro descendientes de los municipios de La Jagua de Ibirico, Chiriguaná, Polonuevo y Repelón, al no realizarse la concertación y consulta previa con dichas comunidades, para la selección de los operadores de los programas de primera infancia del ICBF.

La Corte Constitucional precisó que la escogencia de determinado operador de los programas de primera infancia o del PAE, no representan per se una afectación directa en la identidad cultural, “pues las tradiciones alimentarias de estas comunidades pueden ser garan-

tizadas incluso por un operador que no pertenezca a la misma” (Corte Constitucional, Sentencia T-475 de 2016, párr. 137 y 150). Luego entonces, no encontró demostrado el elemento esencial que conllevaría a la realización de la consulta previa para esas contrataciones.

Destacó que el derecho a la concertación o consulta previa no incorpora el deber de contratar con un operador específico y que lo importante en la atención de las necesidades de los menores de edad (afro descendientes o no), es la realización del interés superior del menor, que se garantiza asegurando que el prestador del servicio sea el más capacitado y permita maximizar los recursos económicos disponibles para la atención y con el deber de asegurar la compatibilidad más cercana posible de “los servicios prestados con los usos y costumbres de las comunidades, sin que ello obligue a que sean estas las encargadas directas del servicio” (Corte Constitucional, Sentencia T-475 de 2016, párr. 151).

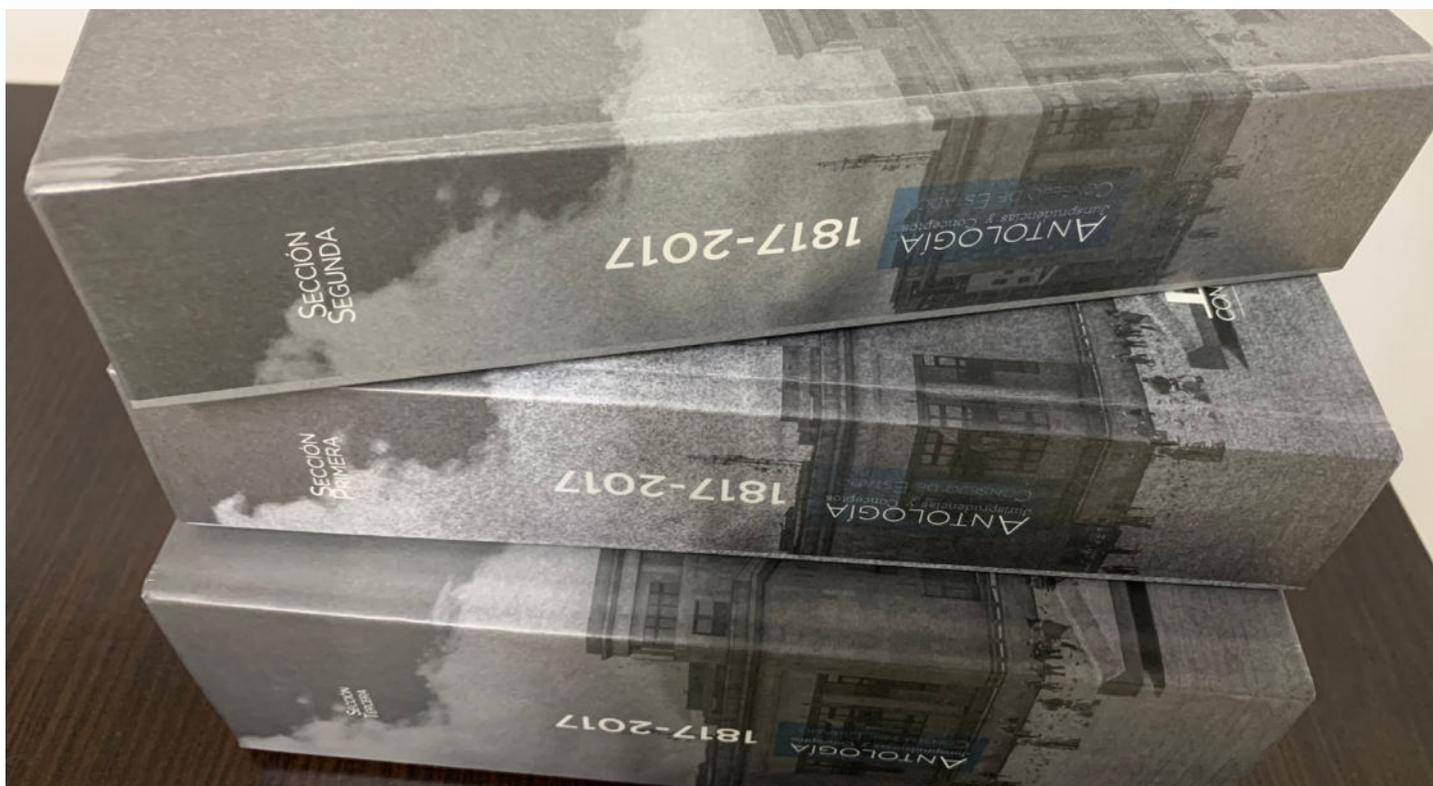
Finalmente, la Corte indica que se debe garantizar que las comunidades puedan ser parte de la definición de los aspectos esenciales que permitirán garantizar el enfoque diferencial en los programas para la primera infancia impartidos por el ICBF (Corte Constitucional, Sentencia T-475 de 2016, párr. 154). En este entendido, la Corte Constitucional advirtió que la consulta previa no podía ser utilizada para burlar, morigerar o menguar los requisitos que se imponen para la contratación de los operadores que deben atender a la primera infancia.

Posterior a ello, en Sentencia T-201 de 2017, el tribunal tuvo oportunidad de estudiar un caso similar, en el cual revisó el amparo de tutela de la Comunidad de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz” frente al programa denominado de *Cero a Siempre* adelantado por el ICBF, en virtud del cual determinó, que

⁷ La Corte IDH examinó las presuntas violaciones cometidas por el Estado de Surinam al pueblo de Saramaka, una comunidad tribal ubicada en el río Surinam, la cual alegaba que en los años '60, la inundación proveniente de la construcción de una reserva hidroeléctrica denominada Dique Afobaka, desplazó al pueblo Saramaka, sumado a que dicha construcción se efectuó sin el consentimiento previo de la comunidad asentada en ese territorio (CIDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007).

⁸ El caso se refiere a la presunta violación al derecho de propiedad sobre el territorio ancestral de las comunidades indígenas reunidas en la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat, según el cual el Estado de Argentina no realizó estudios previos de impacto social y ambiental y consultas previas, libres e informadas a las comunidades asentadas en esos territorios) (CIDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, 2020).

⁹ La Corte Constitucional citan entre otras providencias las siguientes: T-576 de 2014, SU-039 de 1997, SU 383 de 2003, T- 769 de 2009, T-129 de 2011 y T- 376 de 2012.



los programas de atención a la primera infancia adelantados por el ICBF eran una política pública que afectaba directamente al pueblo accionante en el aspecto cultural y por el impacto en el ejercicio de su autonomía. (Sentencia T-201 de 2017, párrafo 79 y 80). Hizo hincapié en que pese a que los programas para la primera infancia del ICBF se dirigen a nivel nacional, deben realizarse con un enfoque diferencial para el caso étnico. La Corte Constitucional dejó sentado que la alimentación y la educación, especialmente de menores de edad, son por definición, elementos constitutivos de la cultura de un grupo humano y se encuentran ligados a su identidad. (Sentencia T-201 de 2017, párrafo 82).

Más adelante, en Sentencia T-582-2017, le correspondió a la Corte Constitucional examinar si el ICBF

había desconocido el derecho a la consulta previa del Consejo Comunitario de Comunidades Negras y Afrodescendientes del Municipio de San Jacinto (Bolívar), al ejecutar el programa de primera infancia desarrollado por esa institución, sin concertar con dicha autoridad la implementación de “las medidas relacionadas con la alimentación y educación de los menores de edad que pertenecen a esa comunidad” (Corte Constitucional, en Sentencia T-582, 2017).

En esta providencia, el alto Tribunal Constitucional la Corte aplicó las reglas fijadas en las sentencias T- 475 de 2016 y T-201 de 2017, en el entendido que, en los programas de primera infancia que desarrolla el ICBF se debe consultar con las comunidades étnicas un plan de enfoque diferencial, pues en dicho espacio es donde los pue-

¹⁰ La Unesco (2021) define a la pPrimera iInfancia como: un periodo que va del nacimiento a los ocho años de edad. Sin embargo, este concepto en Colombia se desarrolla en el artículo 29 de la Ley 1098 de 2006, así: “La primera infancia es la etapa del ciclo vital en la que se establecen las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humano. Comprende la franja poblacional que va de los cero (0) a los seis (6) años de edad”.

¹¹ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado por la Ley 75 de 1968. Dentro de sus funciones se encuentra trabajar por la prevención y protección integral de la primera infancia, infancia y adolescencia, el fortalecimiento de los jóvenes y las familias en Colombia, brindando atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos) (ICBF, 2021).

blos indígenas y tribales pueden expresar y opinar sobre las medidas que les van a afectar y definir cuáles son las opciones reales y definitivas para salvaguardar la cultura de los menores de edad pertenecientes al programa (Corte Constitucional, Sentencia T-582, 2017, párr. 16).

A continuación, la misma institución en la Sentencia T- 667 de 2017, revisa el caso de la comunidad negra de Barú, la cual depreca la tutela del derecho fundamental a la consulta previa, dado que el ICBF estaba desarrollando el programa para la primera infancia de cero a siempre y, para tal cometido había contratado operadores privados, sin realizar una consulta previa con dichas colectividades. De acuerdo con el material probatorio recaudado, la Corte Constitucional evidenció que, pese a haberse realizado una reunión de concertación, la misma no tuvo continuidad, retroalimentación o respuesta alguna, por lo cual no podía considerarse un verdadero proceso de consulta previa, el cual lo componen varias etapas perfectamente diferenciadas.

Conviene subrayar que, dentro del trámite constitucional, el ICBF en el presente caso, seleccionó al operador sugerido por la comunidad étnica accionante. No obstante, el alto tribunal constitucional dejó sentado que la consulta previa es un mecanismo de diálogo y no una imposición o un mecanismo de presión, es decir, no se pueden imponer barreras a contratistas idóneos y, ni tampoco obligar a la contratación de miembros de la comunidad, pues mientras los operadores sean altamente calificados pueden garantizar la aplicación del enfoque étnico diferencial en los programas para la primera infancia.

Seguidamente, en la providencia T-397 de 2018, el Resguardo Indígena Awa el Sande promovió la protección de su derecho fundamental a la consulta previa, debido a que el ICBF había cambiado al operador que venía desarrollando el programa de cero a siempre en su comunidad. En el estudio del caso, la Corte Constitucional, reiteró las reglas fijadas en línea jurisprudencial vigente hasta ese momento y precisó que, la consulta previa tiene relevancia constitucional, no se satisface con simples reuniones, es obligatoria cuando las medidas afectan a las comunidades étnicas y la afectación es directa. (Corte Constitucional, Sentencia T-397, 2018). Adicional a ello,

hizo hincapié en que, el ICBF no está obligado a consultar cambios en los operadores que desarrolla el programa de cero a siempre. Sin embargo, encontró probado que, el ICBF había desconocido el derecho a la consulta previa al no haber consultado con dicha comunidad las medidas que inciden sobre su cultura y tradición.

Tras el examen de la jurisprudencia reseñada, se puede evidenciar, -en torno al derecho a la consulta previa y participación de las comunidades étnicas diferenciadas en los programas de alimentación y educación para la primera infancia, que, es una política pública que puede afectar culturalmente la cosmovisión de determinado grupo étnico en el ejercicio de su identidad y autonomía.

Por lo tanto, es deber de los actores estatales en el proceso consultivo, garantizar la participación de las citadas comunidades desde las etapas previas al proceso de consulta. Lo anterior, para que, de manera concertada, se fijen tanto los lineamientos del proceso y el contenido programático del mismo, verbi-gracia, la concertación de los hábitos alimenticios y el enfoque de la educación diferencial (etnoeducación)¹², que debe recibir la primera infancia en el pueblo étnico participante en el proceso de consulta.

Es pertinente destacar que, la Corte Constitucional ha venido reiterando, que, no será objeto de consulta previa, la escogencia o cambio de los operadores que implementarán los programas para la primera infancia en los territorios, ni tampoco le está permitido a los pueblos étnicos intervenir en el proceso de contratación de aquellos, pues se ha enfatizado que, las tradiciones alimentarias pueden ser garantizadas por operadores que no pertenecen a la misma comunidad étnica, ello sin perjuicio de que los miembros de la comunidad pueda participar en el proceso de contratación con el cumplimiento y el lleno de todos los requisitos que se fijen por la autoridad para tal fin. Así mismo, ha recalado la Corte Constitucional que, la consulta previa no puede convertirse en un mecanismo de presión o de veto para la escogencia de un determinado operador.

Ahora bien, estas reglas jurisprudenciales, son una herramienta fundamental que tienen los actores involucrados en procesos de consultas previas en aquellos as-

pectos que componen la concertación de los servicios de alimentación y educación para la primera infancia. A su vez se convierte en un referente que permite dinamizar la labor de los jueces, para la protección y garantía del derecho fundamental a la consulta previa y participación de las comunidades étnicas, con aplicación directa del bloque de constitucionalidad.

Pese a ello, no debe dejarse de lado que, los planes de alimentación escolar en Colombia, -como política pública-, siguen presentando graves irregularidades, que vienen cimentadas en una problemática estructural de corrupción (Baute, 2021), inclusive en aquellos territorios donde se asientan comunidades indígenas, afrodescendientes y tribales. Tal es el caso, del Departamento de la Guajira, el cual, a la fecha, no ha generado una política pública que permita remediar problemas que aquejan a la comunidad Wayuu, y sus integrantes, principalmente a los miembros de la primera infancia, pues se siguen viendo afectados en salud, educación y nutrición (Agencia EFE, 2020) (La Guajira le Habla al País - CAJAR - Centro de Investigación y Educación Popular/ Programa por la Paz -CINEP/PPP- CENSAT, 2019), lo cual nunca permitirá el desarrollo pleno de un proceso de consulta previa con estas comunidades étnicas.

Conclusiones

El criterio para determinar las prioridades en el desarrollo del modelo educativo y alimentación alimentario de una comunidad étnica, debe partir por acomodarse a la autodeterminación, cultura y costumbres del grupo étnico consultado. Este propósito se garantiza a través de un proceso de diálogo intercultural y permanente entre iguales, en el cual se le permita la participación activa para que, a fin de cuentas, la decisión estatal sea el resultado de la actividad propositiva que atienda las necesidades de ese sector de la población, con el respeto y garantía de su cosmovisión.

Los programas de alimentación y educación para la primera infancia, como política pública, se abordan con menos frecuencia en materia de consulta previa. No obstante, su importancia es cardinal, por cuanto el éxito en su aplicación definirá el desarrollo integral de la primera infancia desde el enfoque educativo y alimentario de alimentación con preponderancia del interés superior del menor.

Por tanto, es deber de los actores en los procesos consultivos en estas materias (Estado- grupo étnico), definir un esquema general de participación con las mejores condiciones para el diálogo en el cual la decisión estatal en torno a estas políticas públicas, se obtenga bajo unos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, en beneficio de la comunidad étnica virtualmente afectada.

¹² La etnoeducación según el artículo 55 de la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación), se entiende por educación para grupos étnicos la que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos. Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones.

Referencias

Agencia EFE. (2020). *Niños indígenas wayuu en riesgo de muerte y desnutrición*. <https://www.elheraldo.co/la-guajira/ninos-indigenas-wayuu-en-riesgo-de-muerte-y-desnutricion-750155>

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Bogotá, D. C., Colombia.

Baute, N. (2021). PAE en La Guajira: *irregularidades que siguen dejando sin alimentación a niños vulnerables*. <https://elpilon.com.co/pae-en-la-guajira-irregularidades-que-siguen-dejando-sin-alimentacion-a-ninos-vulnerables/>

Congreso de la República de Colombia. (1991). Ley 21 del 4 de marzo de 1991. Diario Oficial No. 39720. [Por la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989]. Bogotá, D. C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1994). Ley 115 del 8 de febrero de 1994. Diario Oficial No. 41.214. [Por la cual se expide la Ley General de Educación]. Bogotá, D. C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006. Diario Oficial No. 46.446. [Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia]. Bogotá, D. C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-475 del 1 de septiembre de 2016. *Sala Tercera de Revisión. M. P.: Alejandro Linares Cantillo*. Bogotá, D. C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia SU-097 del 16 de febrero de 2017. *Sala Plena. M. P.: María Victoria Calle Correa*. Bogotá, D. C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T- 667 del 19 de enero de 2017. *Sala Octava de Revisión. M. P.: Alberto Rojas Ríos*. Bogotá, D. C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-201 del 3 de abril de 2017. *Sala Novena de Revisión. M. P.: José Antonio Cepeda Amarís*. Bogotá, D. C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia T-582 del 19 de septiembre 2017. *Sala Quinta de Revisión. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Bogotá, D. C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2018). Sentencia T-397 del 25 de septiembre de 2018. *Sala Séptima de Revisión. M. P.: Cristina Pardo Schlesinger*. Bogotá, D. C., Colombia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007*. CIDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2012). *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012*. CIDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2020). *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020*. CIDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (s.f.). *Principio de buena fe*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr1938.htm>

Defensoría del Pueblo de Colombia. (2020). *Informe defensorial. Garantía y Protección del Derecho Fundamental a la Consulta Previa y el Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos y Comunidades Étnicas en Colombia*. Defensoría del Pueblo.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF]. (2014). *Lineamientos Técnico Administrativo y Operativo Hogares comunitarios en todas sus formas (FAMI, Familiares, Grupales, Múltiples, Múltiples Empresariales y Jardines Sociales) para la atención a los niños y niñas hasta los cinco(5) años de edad*. Dirección de Primera Infancia.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF]. (2021). *El Instituto*. <https://www.icbf.gov.co/instituto>

La Guajira le Habla al País - CAJAR - Centro de Investigación y Educación Popular/ Programa por la Paz -CINEP/PPP- CENSAT. (2019). *Comunicado: Denunciamos irregularidades en consulta previa de proyecto de carbonífero en zona del manantial de Cañaverales*. <https://www.cinep.org.co/Home2/component/k2/922-comunicado-denunciamos-irregularidades-en-consulta-previa-de-proyecto-de-carbonifero-en-zona-del-manantial-de-canaverales.html>

Molano, O. L. (2007). Identidad cultural. Un concepto que evoluciona. *Revista Ópera*, 69-84. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/1187>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [Unesco]. (2021). *La atención y educación de la primera infancia*. <https://es.unesco.org/themes/atencion-educacion-primera-infancia>

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1989). *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. OIT - Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

La salud mental del servidor judicial y su impacto en la administración de justicia



La salud mental del servidor judicial y su impacto en la administración de justicia

Autores:

Sergio Andrés Duque Rodríguez *
Yenssy Milena Flechas Manosalva**

“Juez moderno es un ser humano sensible y atento a los cambios y fenómenos sociales”¹

Resumen

El objetivo del presente ejercicio es llamar la atención de la comunidad jurídica sobre la importancia de velar por el bienestar de los servidores judiciales como seres humanos, desde el punto de vista de la visibilización de la salud mental.

Palabras clave: salud mental, administración de justicia, responsabilidad social, ansiedad, estrés

Abstract:

The objective of this exercise is to draw the attention of the legal community to the importance of ensuring the well-being of judicial servants as human beings, from the point of view of making mental health visible.

Keyword: Mental health, justice administration, Social responsibility, anxiety, stress

La labor judicial está siendo atendida por personas que están expuestas, como toda la humanidad, a afectaciones de carácter físico y mental

Mucho se ha hablado sobre la responsabilidad social del juez -en sentido abstracto, entendiéndose como juez, jueza, magistrado, magistrada, consejero, consejera-, pero seguramente poco se ha discutido sobre el servidor judicial como un ser humano, con toda la complejidad que eso implica.

Es verdad que la judicatura otorga una investidura mucho más sublime que el que una toga representa. Sin embargo, no debemos olvidar que la administración de justicia -como cualquier otro organismo- está administrado, coordinado, dirigido y apoyado por miles de seres humanos valiosos. Muchos que estudian y trabajan, otros que son padres, madres, hijos, nietos, tíos, que montan bicicleta o que tocan algún instrumento. En otras palabras, se nos está olvidando que la labor judicial está siendo atendida por personas que están expuestas, como toda la humanidad, a afectaciones de carácter físico, y también mental.

En efecto, el imaginario colectivo nos ha llevado a pensar que el juez es como aquel Juez Hércules de Ronald Dworkin² quien resuelve todos los casos puestos en su despacho porque tiene un conocimiento extenso y preciso de la ley, los principios jurídicos, la cultura, historia, filosofía e idiosincrasia de cada sociedad. Sin embargo, ciertos estudios más recientes, nos llevan a pensar en un juez humanista como “el nuevo guardián del derecho en el paradigma neoconstitucional”, en los términos de la profesora Redondo (2020), quien menciona lo siguiente:

El rol del juez también se vio modificado, porque ahora su dirección del proceso deberá garantizar la tutela judicial efectiva, concepto elástico y progresivo. Es así que deberá tener en cuenta todas las aristas que se proyectan del derecho de acceso a la justicia en forma de derechos y principios, y que permiten la flexibilización de las normas para resolver el caso particular de modo humanizado.

* Abogado Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídicas de la Protección Social. Consultor Independiente.

** Abogada Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Informático y de las Nuevas Tecnologías. Magíster en Derecho. Jueza 2 Administrativa de Zipaquirá en propiedad.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral Providencia del 14 de agosto de 2019 Impugnación de Tutela Radicación N.º 85655) M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA

² Para Bonorino (2003) “Este juez, al que el autor bautiza con el nombre de Hércules, se nos presenta como un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos, que acepta el derecho como integridad”

Y es que, a pesar del evidente desprestigio de la labor judicial, sobre todo en países en vía de desarrollo como el nuestro, lo cierto es que la mayoría de servidores judiciales creen en la justicia como un bien fundamental y supremo. Son conscientes de que su labor es especialmente sensible en la sociedad y trabajan día a día con la convicción de poner sus conocimientos, integridad y tiempo en hacer un mejor país.

Sin embargo, a pesar del compromiso que tiene la mayoría de servidores judiciales con los colombianos y atendiendo a la complejidad del ser humano, se debe llamar la atención sobre una problemática que actualmente se vive en los despachos judiciales y que hasta el momento no ha tenido la atención e intervención que se requiere.

Los juzgados, tribunales y altas cortes, son espacios inmersos en la cotidianidad de las relaciones laborales, expuestos a diversos riesgos psicosociales que deben ser atendidos desde los enfoques de: Identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente, como lo indica la Resolución 2646 de 2008³ expedida por el entonces Ministerio de la Protección Social.

No se encuentra claramente definido en la rama judicial, la forma como, dando aplicación a la resolución mencionada, se puede determinar la existencia de patologías relacionadas con estrés ocupacional. Los actos relacionados con la aplicación de ese acto administrativo se encuentran únicamente encaminados a políticas de prevención de acoso laboral -que, dicho sea de paso, tampoco han funcionado-, y tampoco es el objetivo de la presente reflexión.

De un sondeo realizado entre jueces y empleados de la rama judicial, la mayoría manifiestan no haber realizado encuesta de riesgo psicosocial, y tampoco conocer las rutas de atención en el caso de requerir atención en este tema. Muchos manifiestan ser conscientes de factores de riesgo relacionados con condiciones de salud mental como depresión, ansiedad o alcoholismo, pero no se atreven a manifestarlo a sus jefes inmediatos, a la entidad o a la ARL por miedo a represalias. De hecho, esta es sólo la punta del iceberg, por cuanto el manejo del tema de la salud mental no sólo se encuentra relacionado con estrés ocu-

pacional, sino que es bastante más complejo.

Un gran error que como sociedad cometemos, es la incompreensión de la importancia de tener una adecuada salud mental para todos los aspectos de nuestra vida. Esta situación ha aumentado considerablemente como consecuencia de los profundos cambios sufridos en la humanidad a raíz de la pandemia del Covid-19. Diversos estudios han demostrado, que el confinamiento aumentó considerablemente los casos de depresión clínica, trastornos bipolares e inadecuado manejo de adicciones como al alcohol y el uso de sustancias psicoactivas. Sin contar con los importantes aumentos de casos de violencia intrafamiliar.

No podemos dejar pasar por alto y ha sido demostrado estadísticamente- que todos esos eventos y circunstancias que afectan la salud mental, han impactado más a las mujeres. Reportes y estudios han demostrado que más mujeres debieron sacrificar descanso, trabajo y estudio en época de pandemia; y que el síndrome de agotamiento femenino, relacionado con la planificación, organización y coordinación de asuntos relacionados con el cuidado y la gestión doméstica y familiar, aumentaron considerablemente las condiciones psicológicas de las mujeres con conductas relacionadas con depresión, ansiedad, trastorno bipolar y disfunciones sexuales.

Como podemos observar, gracias a la pandemia, tenemos hoy en día una visión mucho más completa respecto a la salud mental y su impacto en las relaciones laborales, y, por ende, en la prestación del servicio, que, a efectos del presente ejercicio, se centra en la administración de justicia.

Partimos de la certeza que los servidores judiciales desde antes de la pandemia, ya tenían un ambiente laboral complejo y se encontraban expuestos a factores de riesgo psicosocial relacionados con exceso de carga laboral, baja tolerancia al fracaso, dificultades en la resolución de conflictos, depresión, acoso laboral, entre otros. Ahora, esos factores de riesgo asociado a que muchos se vieron expuestos al Covid-19, o perdieron familiares o amigos, y ante la incertidumbre que vive el mundo sobre la posibilidad de retomar actividades presenciales de forma definitiva, vislumbramos una sensación mental caótica.

Es importante tener en cuenta la complejidad misma de lo que debe entenderse como salud mental, desde diversas perspectivas de bienestar psicológico, emocional y social. Es por ello que nos encaminaremos a determinar de qué forma el deficiente manejo de política de salud mental está afectando a los servidores judiciales, y, por ende, impactando directamente el derecho fundamental al debido acceso a la administración de justicia.

El papel del empleador y de la ARL

Hay que reconocer que antes de la pandemia, los empleadores, y en este caso, las direcciones seccionales de administración judicial, no tenían una labor activa en el manejo de la salud mental de los servidores. Los manuales y políticas, aunque precariamente existentes, no eran socializados, ni realmente aplicados. Esto cambió levemente con el confinamiento, ya que fue evidente que el aislamiento obligatorio produciría efectos negativos en las personas, y se vio un papel más activo en la difusión de información, en la promoción de capacitaciones por parte de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y en el apoyo de la administradora de riesgos laborales respecto de casos que

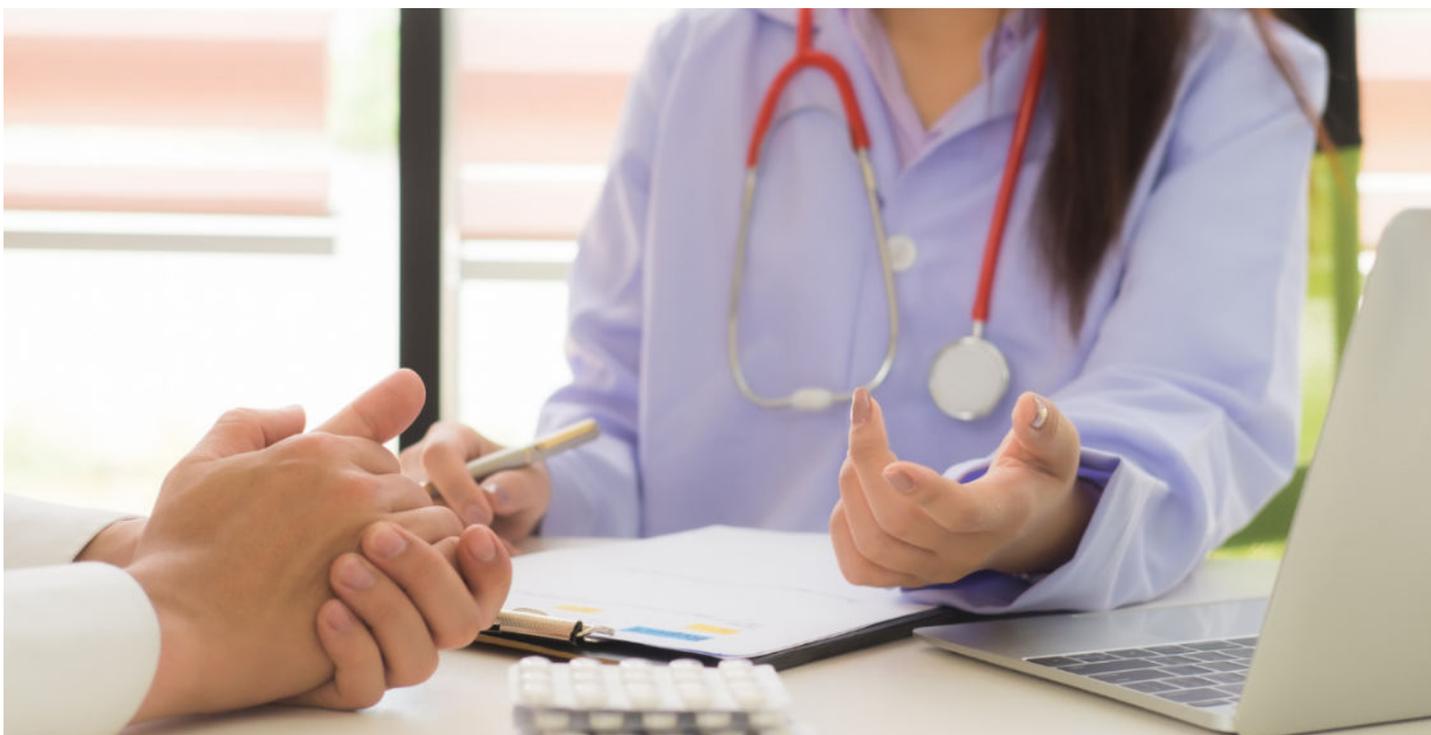
podieran representar afectación de salud mental de servidores judiciales. Son de resaltar los esfuerzos por propender el fortalecimiento emocional de las familias.

Sin embargo, dichos esfuerzos no han sido suficientes ni han logrado superar el sentimiento de desesperanza, estrés, irritabilidad e intolerancia que se vivió al interior de los equipos de trabajo en el año 2020 y 2021. Por lo anterior, es necesario y muy importante, que se verifique que tanto la ARL como los comités encargados de los riesgos laborales al interior de la rama judicial, cumplan con las obligaciones derivadas del artículo 11 de la Ley 1562 de 2012 “Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional”, el cual indica de manera taxativa los servicios de promoción y prevención que deben prestar, con el fin de disminuir los riesgos en la salud de los trabajadores.

Adicional a lo anterior y puntualmente en lo que se refiere a la salud mental en el trabajo, no se puede olvidar la Resolución 2646 de 2008 (Ministerio de Protección Social) “Por la cual se establecen disposiciones y se definen responsabilidades para la identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo perma-



³ Resolución 2646 de 2008 (Julio 17) “por la cual se establecen disposiciones y se definen responsabilidades para la identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo y para la determinación del origen de las patologías causadas por el estrés ocupacional.”



nente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo y para la determinación del origen de las patologías causadas por el estrés ocupacional”, norma que igualmente debe ser implementada en los espacios laborales por parte de los empleadores y las administradoras de riesgos laborales dentro de sus competencias.

La decisión judicial y su relación con la salud mental

Para nadie es un secreto que en Colombia existe una cultura del incumplimiento de normas muy marcada⁴ y que los conflictos jurídicos cada día se incrementan debido a la tipificación de nuevas conductas ilegales, la elevada corrupción en los ámbitos público y privado y la costumbre social de judicializar las controversias. Todo ello lleva a que los ciudadanos exijan de los jueces una pronta y eficaz administración de justicia, que desde luego termina en ser una exigencia mayor para personas que desde su aspecto mental no son superiores al resto de la sociedad ya que a diario tienen que enfrentar problemas extralaborales en las mismas condiciones que cualquier otra persona.

Factores sociales, políticos, culturales y personales, influyen a diario en la forma de ver el ámbito laboral por parte de los empleados de la rama judicial, en especial de los jueces, quienes son los directamente responsables por sus decisiones ante la sociedad y los organismos de control y vigilancia del Estado.

En efecto, la carga emocional que puede llegar a tener un despacho judicial, - que ya desde hace muchos años venía lidiando con el histórico problema de la congestión judicial, - con el nuevo panorama acaecido por la pandemia del Covid-19 que generó grandes cambios en la forma de ejercer las labores diarias, necesariamente debe conciliarse con actividades propias de la vida familiar, evaluando las consecuencias de una visión cultural e histórica de los roles de género.

En este nuevo contexto, el diario vivir de un despacho judicial se trasladó a espacios de la vida privada de cada funcionario, en donde ni la ARL ni los comités de seguridad y salud en el trabajo de la rama judicial, detallan la calidad física y mental de los nuevos puestos de trabajo. (sillas, escritorios, computadores, hijos, llamadas telefónicas, mascotas etc.), que crean un nuevo espacio el cual no tiene las condiciones idó-

neas y recomendadas para un adecuado servicio remoto, como podría pensarse desde afuera por parte de los usuarios de la administración de justicia. De hecho, no se conoce información sobre visitas o seguimientos que haya realizado la rama judicial a los espacios dentro de los cuales se viene prestando un servicio remoto de justicia. El uso de elementos de uso personal como computadores, impresoras, celulares, uso de internet, es una práctica que, a casi dos años de haber comenzado la pandemia, se ha vuelto algo completamente normal y cotidiano.

Es claro que las personas que integran un juzgado deben sustentar sus decisiones con base en factores jurídicos y probatorios que permitan hacer efectivo el derecho a la administración de justicia y el debido proceso de las partes procesales. Debemos reconocer que este deber se ha visto claramente afectado por factores que alteran necesariamente la salud mental de los servidores tales como: el estrés laboral, la conciliación con obligaciones familiares, los conflictos de roles de género, la necesidad de desarrollo personal y afectivo y la expectativa social respecto a esas mismas decisiones, dentro de un contexto temporal y espacial que no ha sido debidamente atendido.

Por lo tanto, en lo relativo a la decisión judicial propiamente dicha, en el sentido ya expuesto, y considerando que los servidores de los despachos judiciales no son máquinas que adecúan un enunciado normativo a una conducta humana de manera plana y sencilla, y que son personas inmersas en situaciones ajenas a sus actividades judiciales, que influyen de manera directa en sus emociones y disposición laboral, llegaremos a la conclusión de que las mismas serán el resultado práctico de la suma de todas las circunstancias jurídicas, sociales, humanas y mentales descritas.

En medio del caos que representa la dinámica de trabajo remoto, el regreso paulatino a la presencialidad, la sobrecarga laboral y todos los factores psicosociales que se han discutido, los servidores judiciales hacen enormes esfuerzos por evitar que los mismos perjudiquen su criterio y se logre cumplir con el lega-

do que la Constitución y la sociedad les ha otorgado.

¿Los derechos fundamentales para quienes?

Es curioso que, desde la Constitución de 1991, de manera general, una labor principal de los despachos judiciales, en cabeza del juez, sea la protección efectiva de los derechos fundamentales a través de la resolución de las acciones de tutela. En efecto, todos los días circulan en gran volumen las solicitudes de amparo de miles de personas que acuden a la justicia para proteger sus derechos a la salud, al trabajo, a la seguridad social, a la dignidad, entre otros.

Sin embargo, como bien lo dice el adagio popular “*en casa de herrero, azadón de palo*” dado que es precisamente en los mismos despachos judiciales – ahora “remotos” para los usuarios de la administración de justicia – en donde la salud, la dignidad y el trabajo se ven afectados a diario por la exposición constante a factores de estrés laboral, entendido éste como la respuesta de un trabajador tanto a nivel fisiológico, psicológico como conductual, en su intento de adaptarse a las demandas resultantes de la interacción de sus condiciones individuales, intralaborales y extralaborales⁵.

Es de vital importancia que se cree conciencia y se tomen las medidas necesarias para mitigar los riesgos psicosociales que afectan de manera dramática los derechos fundamentales de los servidores judiciales, sobre todo ahora en el marco de la pandemia y post-pandemia, y esa es la razón fundamental de la presente reflexión, cuyo fin es visibilizar la situación actual de miles de personas en todo el país a quienes se les exige más que a cualquier ciudadano y quienes no dejan de ser seres humanos por el hecho de vivir de un trabajo que tiene una inmensa responsabilidad social como es el administrar justicia.

4 GARCIA Villegas Mauricio, NORMAS DE PAPEL La cultura del incumplimiento de reglas, Siglo del Hombre Editores. 2009

Conclusiones

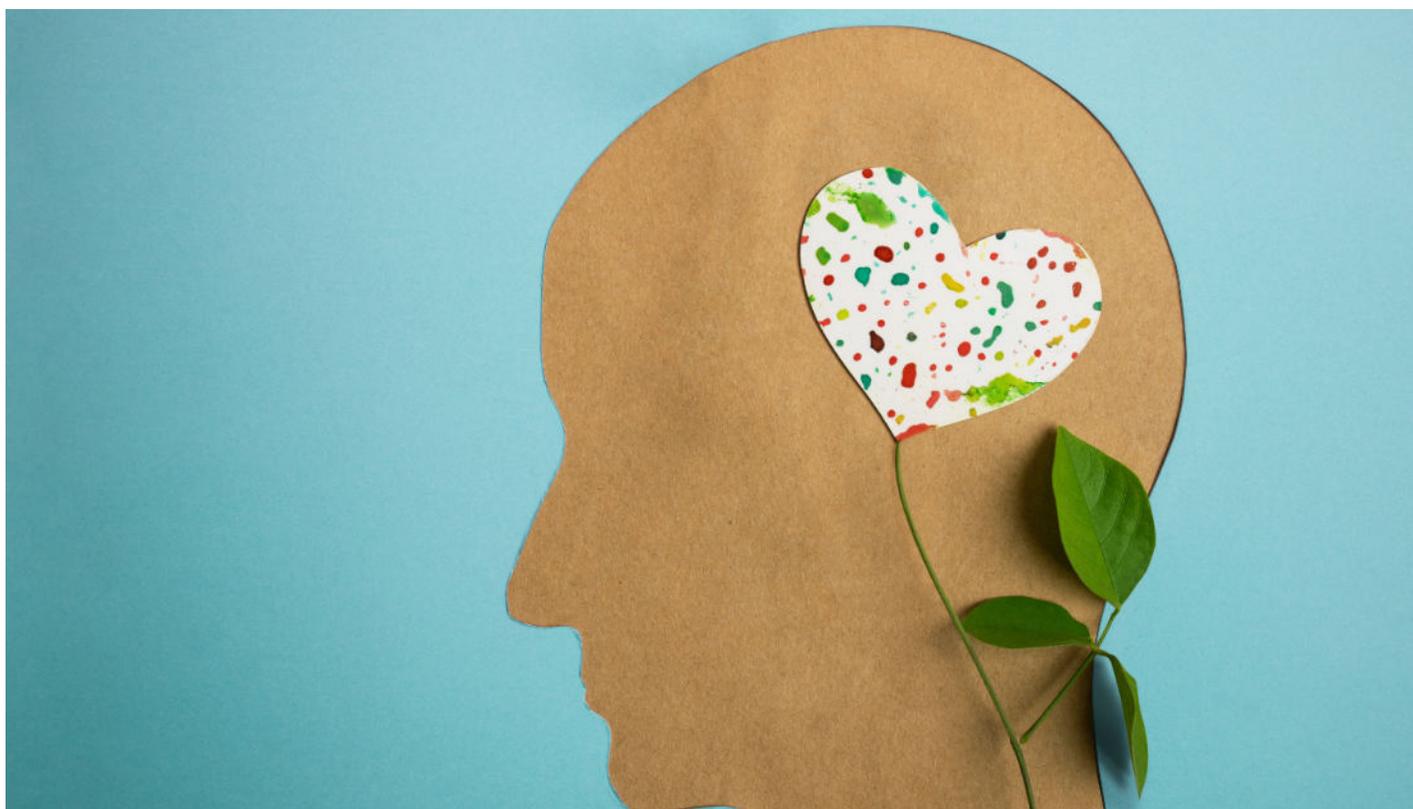
A manera de conclusión podemos mencionar en primer lugar, que si bien es cierto las personas que laboran a diario en la administración de justicia, están ampliamente capacitadas desde el punto de vista académico y normativo, también es cierto que desde el punto de vista afectivo, personal y cultural son similares a cualquier otra persona con sus pasiones, gustos, problemas y deseos.

Como segundo punto, se debe indicar que, aunque la rama judicial ha hecho esfuerzos -sobre todo en el marco de la pandemia por Covid.19- para mitigar los riesgos psicosociales de los servidores, dicho esfuerzo es claramente insuficiente, si se tiene en cuenta la calidad y condiciones que rodean los nuevos sitios de trabajo en los que los servidores deben realizar sus actividades diariamente.

Así las cosas, es necesario que se adopten las medidas adecuadas, en coordinación de la ARL para definir responsabilidades, así como para identificar, evaluar, pre-

venir, intervenir y monitorear permanente la exposición a factores de riesgo psicosocial en los diferentes sitios de trabajo y en donde se tengan en cuenta los factores familiares y personales que rodean las labores, tal y como lo establece la resolución 2646 de 2008 ya mencionada. En tercer lugar, actualmente se tiene por sentado que las decisiones judiciales están dotadas de un análisis jurídico profundo en el que el juez realiza un razonamiento casi de robot para llegar a una conclusión lógica, legal y justa. Sin embargo, no se han tenido en cuenta los factores externos al trabajo del juez y que afectan la decisión judicial, tales como problemas o inquietudes familiares, personales, frustraciones, desidia o cansancio mental que en cualquier día puede afectar la razonabilidad de fallador y que muchas veces evoluciona hasta convertirse en patologías relacionadas con salud mental.

El servidor judicial debe ser consciente de su responsabilidad con su propia salud mental y la de todo su entorno, y conocer y buscar las rutas de atención adecuadas y eficaces para atender cualquier tipo de afectación, más aún si tenemos en cuenta la enorme responsabilidad so-



⁵ RESOLUCIÓN 2646 DE 2008, Literal g, artículo 3.

cial que conllevan las decisiones judiciales que se emiten.

Finalmente, llevamos 30 años hablando de derechos fundamentales y el papel estructural del juez en el “nuevo” modelo constitucional. Sin embargo, poco se tienen en cuenta dichos derechos fundamentales en lo que tiene que ver con el trabajo al interior de los despachos judiciales, en donde todos los servidores se ven desbordados por el alto volumen de trabajo y en donde el estrés laboral crece día a día. Sobre todo, en este momento, con la incertidumbre en la vida, la familia, el trabajo y la salud, a raíz de las complicaciones de la pandemia.

Se hace un importante llamado a la solidaridad y a la empatía en la sociedad, para que entendamos que el trabajo es un derecho que se debe ejercer en condiciones dignas y que la salud de la comunidad judicial debe

ser una prioridad para quienes administran la justicia. Y que también entendamos que la enfermedad no solo es física, sino que en un alto porcentaje es mental, lo cual es mucho más grave, porque no es visible a los ojos de las personas, ni siquiera los propios, pero no por ese hecho deja de ser peligrosa y hasta mortal.

Todos debemos comprender que un despacho judicial está integrado por seres humanos complejos, padres, madres, hijos, hermanos, compañeros, que a diario trabajan para tener una mejor calidad de vida para ellos y sus familias, y que sobre sus hombros recae también la enorme responsabilidad de prestar un óptimo servicio de Justicia en una sociedad altamente golpeada por diversos males sociales como la nuestra.

Referencias

Bonorino, Pablo (2003). Integridad, derecho y justicia: una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá p. 235.

Redondo, María Belén. (2019). El juez humanista: el nuevo guardián del derecho en el paradigma neoconstitucional. *Cuestiones constitucionales*, (40), 141-170. E pub 20 de marzo de 2020. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.40.13230>

García Villegas, Mauricio (2009). Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de reglas, Siglo del Hombre Editores.

El enfoque de educación popular y el currículo como práctica social: una propuesta para la transformación curricular en la enseñanza del derecho



El enfoque de educación popular y el currículo como práctica social: una propuesta para la transformación curricular en la enseñanza del derecho

Autores:

Carlos Alfredo Pérez Fuentes *
Annie Julieth Álvarez Maestre **
Andrea Johana Aguilar Barreto **

Resumen:

El presente artículo de reflexión pretende analizar la implementación de los principios del enfoque de la educación popular y el currículo, como práctica social y emancipadora como propuesta para la transformación curricular en los programas académicos de derecho en Colombia.

Como fundamento metodológico, este artículo se basa en un enfoque cualitativo que busca identificar la naturaleza profunda de la realidad, para dar razón plena de sus manifestaciones, bajo un método hermenéutico que pretende comprender el significado de la realidad humana concebida a través de los textos. Como técnica de recolección de información, se tomó la revisión documental que permitió extraer la información relevante de los textos para realizar el análisis correspondiente.

Finalmente, esta investigación concluye que los princi-

pios del enfoque de educación popular y el currículo como práctica social y emancipadora, pueden coexistir armónicamente en una propuesta de transformación curricular que permite que la enseñanza del derecho no sea una cuestión neutra, sino que adquiera un sentido hacia la emancipación del ser humano. Lo anterior, siguiendo los parámetros de la mediación cultural, el diálogo, los consensos y la creatividad para la resolución de las problemáticas complejas que aquejan al mundo actual, en las que todos los actores educativos tienen un rol fundamental en la construcción social de conocimiento que surge a partir de la interacción con las comunidades, identificando sus problemáticas y buscando estrategias jurídicas para trabajar conjuntamente con las comunidades en la transformación de sus realidades.

Palabra clave : Pedagogía jurídica, diseño curricular, educación popular, transformación curricular, pedagogía crítica.

Abstract:

This reflection article aims to analyze the implementation of the principles of the popular education approach and the curriculum as a social and emancipatory practice as a proposal for the curricular transformation in academic law programs in Colombia. As a methodological foundation, this article is based on a qualitative approach that seeks to identify the deep nature of reality to fully account for its ma-

* Doctorando en Educación y Estudios Sociales de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia, Magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Externado de Colombia, Abogado egresado de la Universidad Simón Bolívar. Colombiano. Este artículo es producto de la tesis doctoral titulada “Análisis de la fundamentación filosófica de los currículos de los programas de derecho en América Latina”. Correo electrónico: abog.carlosperez@gmail.com.

** Doctora en Educación Nova Southeastern University, Magíster en Desarrollo Humano de la Universidad de la Manizales, Psicóloga de la Universidad de Pamplona. Coordinadora Académica de la Facultad de Educación y Ciencias Sociales de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia. Colombiana. Correo electrónico: anniejulieth@gmail.com

*** Doctora en Educación, UPEL. Postdoctora (c), innovación educativa y TIC. Magíster en Educación de la Universidad Simón Bolívar. Especialista en Orientación de la conducta de la Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa de la UDES. Abogada de la Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana de la Universidad de Pamplona. Vicerrectora Académica de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia. Colombiana. Email: andreitajaguilar@hotmail.com
Leonardo García Botero

Doctorado en Educación y Estudios Sociales de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia, Magíster en Contratación Estatal de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Abogado egresado de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Colombiano. Rector de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia.

seeks to understand the meaning of human reality conceived through texts. As an information gathering technique, the documentary review was used to obtain the relevant information from the texts to carry out the corresponding analysis.

Finally, this research concludes that the principles of the popular education approach and the curriculum as a social and emancipatory practice can coexist harmoniously in a proposal for curricular transformation that allows the teaching of law not to be a neutral issue, but rather to acquire a sense towards the emancipation of the human being. The above, following the parameters of cultural mediation, dialogue, consensus, and creativity for the complex problems that afflict the world today, in which educational actors have a fundamental role in the social construction of knowledge that arises from starting from the interaction with the communities, identifying their problems and seeking legal strategies to continuously work with the communities in the transformation of their realities.

Keywords: legal pedagogy, curricular design, popular education, curricular transformation, critical pedagogy.

La formación de un jurista debe comprender la posibilidad de formación de un estudiante de derecho con vocación transformadora, que entiende que la esencia de su disciplina es la formación social positiva de realidades injustas.

El contexto sociohistórico y conceptual del enfoque de educación popular para la transformación curricular.

Mejía (2011) comprende que los orígenes históricos del pensamiento crítico en la educación se remontan a la época de reforma protestante y la contrarreforma católica, en donde a partir de los movimientos filosóficos que dieron origen a la revolución francesa de 1789, se concretó la creación de una escuela única, laica, gratuita, para todos y obligatoria, cuya finalidad era la construcción de la igualdad, convirtiéndose así en lo

que se conoce en Europa como “Educación Popular”.

Paulo Freire nace en un contexto histórico en el cual América Latina se encontraba denunciado el colonialismo euroamericano en el ámbito político, económico, epistemológico, lo cual generó la necesidad de un planteamiento propiamente latinoamericano.

Así es como surge la pedagogía crítica denunciando la subordinación epistemológica derivada de la superioridad racional y homogeneizadora del conocimiento euroamericano que consideraba “subdesarrolladas” otras formas de conocimiento que no nacieran en estos lugares del mundo. En este contexto, surgieron lecturas frente a este fenómeno, tales como: La Teoría de la Dependencia de Dos Santos, La Comunicación Popular de Kaplun, La Investigación Acción Participativa de Fals Borda, entre otras.

Así, la pedagogía en Latinoamérica se transformó en educación popular como respuesta a los sistemas de dominación que se desarrollaron por parte de sistemas políticos y económicos opresores, que no propendían por la igualdad social. El enfoque de educación popular pretende realizar una lectura crítica de la realidad con la comunidad, para trabajar conjuntamente en la transformación de las condiciones injustas en las que viven grupos excluidos, marginados, oprimidos.

Así, este enfoque posee una postura ética política basada en el empoderamiento de las comunidades para generar espacio de diálogo a través de la mediación cultural para promover la construcción heterogénea, participativa y de autoafirmación de subjetividades en el proceso educativo. La educación popular es un proceso, es un saber práctico-teórico que construye resistencias y busca alternativas para transformar las realidades sociales injustas, por lo que su conocimiento es emancipador. (Mejía, 2011, p. 51)

En este contexto, es necesario reconocer el panorama conceptual en donde se desarrolla el enfoque de educación popular. Para ello, se retomará el estudio de los paradigmas que fundamentan este enfoque educativo.

Mejía (2011) comprende que los paradigmas educati-



vos se conciben como tradiciones que se desarrollan en ciertas condiciones étnicas, culturales, políticas, económicas y lingüísticas. Allí, surgen imaginarios y representaciones sociales que construyen el mundo a partir del lenguaje y conforman una mirada de lo que es y debe ser el mundo. Así, identifica cuatro grandes paradigmas educativos: i) el paradigma alemán, enfocado en el autoexamen, el trabajo, la pedagogía es una ciencia que se concreta en la didáctica; el paradigma francés, centrado en la relación entre la pedagogía y el derecho, la pedagogía es una disciplina, un discurso que depende del discurso del autor; iii) el paradigma sajón, que se desarrolla entorno a los estudios del currículo y la organización del trabajo fabril basado en Taylor y finalmente, iv) el paradigma latinoamericano, que centra su crítica en la modernidad, la violencia epistemológica y el papel de la educación en la construcción de actores críticos y transformación de realidades injustas.

Es en este contexto en donde surge la educación popular como una propuesta educativa para los nuevos escenarios formales e informales de formación, ya que la enseñanza desarrollada bajo el encierro de las paredes de la escuela redujo los procesos de socialización, contribuyó a la desconexión de los contenidos con la realidad y

fortaleció la formación en competencias que promueven las lógicas de producción sin una visión humanista.

Este enfoque visualiza la escuela como un espacio de formación de pensamiento y acción crítica marcada por procesos de negociación cultural en donde medían los conocimientos de la vida cotidiana y la cultura ilustrada, interrelacionando grupos sociales e imaginarios colectivos y comprendiendo que no hay educación sin contexto, lenguaje, historia, ni poder.

Esta es una propuesta de pedagogía sociocrítica, liberadora e histórica que atiende a los problemas actuales mediante el consenso generado a diálogo de saber y la negociación cultural. Este enfoque crítico liberador pretende generar procesos de construcción colectiva de conocimiento a través del diálogo para empoderar a la comunidad y generar transformaciones sociales ante las realidades injustas. Para ello, Mejía (2011) plantea que esto necesita un proceso de organización del acto educativo en donde se parte de las siguientes premisas: i) El acto educativo nunca es neutro, nace a partir de la finalidad de transformar la realidad injusta. ii) El conocimiento no es más que un componente en el acto educativo, deben romperse las jerarquías epis-

temológicas. iii) La pedagogía es un proyecto político y cultural que determina el acto educativo, es un campo de lucha, contradicción y resistencias en donde surgen nuevas formas de control y dominación del poder.

Finalmente, entendiendo estas premisas iniciales, la negociación cultural fundamental para desarrollar este enfoque tiene en cuenta los siguientes presupuestos: a) Los participantes y los educadores populares trabajan conjuntamente en la construcción del conocimiento; b) El participante es un individuo que comprende su entorno, por lo que construye su conocimiento y genera propuestas de transformación social a partir de su entorno y la recontextualización de su conocimiento desde el diálogo con el educador popular; c) El educador popular es ser humano que conoce de valoración personal, autoestima, es crítico, sistemático y busca deconstruir la concepción tradicional de la enseñanza para reconstruir el tejido social y empoderar a la comunidad; d) La relación de las organizaciones insertadas en la práctica educativa debe reestructurarse a la luz de este momento histórico en donde se exige de la educación una finalidad transformadora y e) La finalidad de los procesos educativos debe ser reconocer la interculturalidad a partir de diálogo desarrollado con la negociación cultural entre los actores en la comunidad académica generando así un producto colectivo que resalta la existencia de un saber propio basado en el reconocimiento del otro.

De esta forma, los principios de la educación popular en la enseñanza del derecho pueden aportar una propuesta educativa sociocrítica comprometida con la emancipación, en donde se fortalecen los procesos de socialización de los estudiantes con su contexto, buscando el empoderamiento jurídico de las comunidades con el ánimo de buscar la transformación de realidades injustas a través del diálogo, la negociación cultural y la construcción colectiva.

El currículo como construcción social y emancipadora

Es en este contexto en donde Sacristán (2007) plantea la idea del currículo como una construcción cultural, es

decir, como una forma de organizar las prácticas educativas. Para esto, el autor retoma algunas definiciones relacionadas con el currículo, las cuales son desarrolladas por Rule (1973), entre estas: i) el currículo como experiencia, que plantea que éste es una guía de lo que las experiencias que el estudiantes debe desarrollar en la escuela, ii) el currículo como definición de contenidos, que expone que éste es un conjunto de planes y objetivos que se deben lograr para el aprendizaje del estudiante, iii) el currículo como conjunto de conocimientos, que desarrolla que el estudiante debe superar un ciclo académico.

Ante esto, Sacristán (2007) asume una postura diferente planteando que el currículo debe ser estudiado desde cinco ámbitos a saber: i) su función social, ya que es un enlace entre la sociedad y la escuela; ii) como proyecto o plan educativo compuesto de experiencias, objetivos, contenidos, etc; iii) desde su expresión formal y material por sus orientaciones, secuencias, etc; iv) como campo práctico relacionado con la práctica educativa y las interacciones entre sus actores y finalmente, v) como actividad discursiva académica e investigativa sobre la temática. En este sentido, el currículo es una praxis más que un modelo objeto estático emanado por un modelo de educación, es una práctica cuya función socializadora y cultural que agrupa subsistemas o prácticas diversas, en donde se encuentra la práctica pedagógica de la enseñanza, es un proyecto construido a partir de la relación entre los principios y la realización de estos, en donde se comprueba su expresión práctica.

El currículo es una práctica en la que se establece un diálogo entre los agentes sociales, elementos técnicos, estudiantes, profesores, etc. (Sacristán, 2007) De esta forma, el currículo como práctica se ocupa de estudiar la realización de éste y reflexionar sobre la acción educativa para lograr la autocritica y autorenovación constante que debe tener. Por esto, la importancia del análisis curricular, en tanto su contenido y forma para comprender la misión de la institución educativa. Entonces, el currículo debe entenderse como “la expresión del equilibrio de intereses y fuerzas que gravitan sobre el sistema educativo en un momento dado, en tanto que a través de ellos se realizan los fines de la educación en la enseñanza escolarizada”. (Sacristán, 2007, p. 18)

De este modo, el currículo es una “opción históricamente configurada” producto de un determinado entramado cultural, político, social y escolar; cargado de valores e ideas políticas, por lo que su análisis va más allá de lo técnico hacia lo político social, para descubrir los mecanismos que operan en su desarrollo. El currículo no es una cuestión neutra, refleja el conflicto de intereses en una sociedad y los valores predominantes que rigen al sistema educativo a nivel político, económico, filosófico, cultural, etc.; razón por la cual, comprendiendo que los currículos responden a unos intereses concretos del sistema educativo.

Finalmente, Sacristán (2007) comprende que se han planteado cuatro teorías curriculares que pretenden ser marcos que buscan ordenar las diferentes concepciones que se tienen sobre el currículo, entre estas se encuentran:

1. El currículo como suma de exigencias académicas: Se refiere al currículo centrado en contenidos, al saber culto y elaborado a partir de la formalización de las asignaturas. Este currículo concreto un syllabus o listado de contenidos que es más fácil de regular, controlar e inspeccionar por la administración.

2. El currículo: base de experiencias. El movimiento progresivo americano y la Nueva Escuela europea dieron origen al rompimiento de un currículo centrado en el contenido y más centrado en la diversidad, el pluralismo y las diferentes finalidades educativas en una sociedad democrática.

3. El legado tecnológico y eficientista del currículo: La perspectiva tecnológica, burocrática o eficientista del currículo, fundada en la pedagogía desideologizada y acrítica, establece la pretensión de la eficiencia como preocupación decisiva de la organización curricular.

4. El currículo como configurador de la práctica: Esta teoría curricular comprende que la orientación curricular nace a partir de la dialéctica teórico-práctica, es decir, de un esquema globalizador en el que en un contexto democrático los agentes inmersos en el acto educativo a partir de aportaciones crítica configuran su propia práctica. Esta teoría plantea que el currí-

culo no es neutral debido a que se desarrolla en un campo práctico en donde se desarrollan problemas relacionados con la educación y la enseñanza, así es como se pretende que estos discursos no sean legitimadores de intereses que no se pueden discutir, sino que a través de el diálogo entre los actores del acto educativo se puede mejorar la práctica educativa y con ello, ser un instrumento emancipatorio para las bases de una acción más autónoma.

De esta forma, un currículo con intereses emancipatorios debe entenderse como praxis, en la cual se apoyan los siguientes principios, siguiendo a Grundy (1987):

i. Tiene que ser una práctica sustentada en la reflexión acerca de la praxis como un plan para cumplir y se construye a través de la interacción entre los agentes educativos en un proceso circular de investigación-acción; ii. El proceso de construcción del currículo debe responder a las exigencias del mundo real, no al mundo hipotético;

iii. El currículo nace de la praxis que se desarrolla a partir de las interacciones de individuos en un mundo social y cultural;

iv. El mundo de la praxis no es natural, es un mundo social, por tanto, el currículo es una construcción social, por lo que todos los individuos deben participar activamente en su construcción; v. La construcción del currículo conlleva implícito la definición de significados poseen una carga política de la parte dominante y finalmente;

vi. Este currículo nace a partir de la interrelación en los individuos inmersos en el acto educativo, allí se genera una deliberación reflexiva por parte de los actores que implica una postura crítica entre estos acerca de su construcción, y no una mera visión técnica;

vii. El currículo es una construcción social que se encuentra ubicada en un momento histórico determinado, posee un carácter político, es problemático y representa la correlación de diferentes posturas políticas, culturales, económicas, etc., redefine el papel activo y liberador de los agentes educativos y genera una nueva conciencia enfocada en la emancipación del ser humano.

En este sentido, Agray (2010) comprende que es necesario abordar la construcción del currí-



lo desde las perspectivas críticas que se alejan del enfoque conceptual, centrado en un currículo lógico deductivo, diseñado desde afuera y abstracto.

Por el contrario, la autora retoma a Grundy (1987) quien propone un currículo como construcción cultural basado en las teorías de Habermas (1984), la teoría crítica de la educación de Carr y Kemmis (1986) y los planteamientos de Freire (1975) en pedagogía del oprimido: i) Frente a Habermas (1984) plantea que los intereses cognitivos sobre los cuales se puede diseñar un currículo son: el interés práctico, técnico y emancipatorio.

De estos, el que más interesa es el emancipatorio, ya que este plantea la búsqueda de un ser humano autónomo que puede crecer y desarrollar sus capacidades a través de la libertad, la autorreflexión y la racionalidad. ii) Frente a la teoría crítica de la educación planteada por Carr y Kemmis (1986) utilizada por Grundy (2001) plantean el rechazo de la construcción de un currículo basado en la objetividad, la verdad absoluta, el uso de interpretaciones centradas en los docentes o que buscan distorsionar la realidad para promover intereses individuales..

De esta forma, se busca que los individuos no sólo sean capaces de explicar o entender el mundo que les rodea, sino también que sean capaces de transformarlo a partir de su comprensión del mundo, siendo críticos de las ideologías que les rodean en su contexto.

Finalmente, el último elemento de la teoría de Grundy (2001) son los planteamientos de Freire (1957) quien buscaba en su programa de alfabetización tres principios fundamentales: la participación de los estudiantes en propio aprendizaje, que la experiencia fuera significativa y que el aprendizaje fuera crítico.

Así, desde el enfoque curricular emancipador se entiende que el currículo como praxis no sólo se crea a partir de la reflexión crítica, sino también desde la libre escogencia de la orientación comprendiendo el mundo como una reconstrucción social, es decir, los participantes tienen la libertad de construir su propio currículo, respetando la libertad individual y promoviendo la emancipación colectiva. (Agray, 2008; Posner, 1998).

De esta forma, Agray (2011) comprende que este enfoque curricular se fundamenta en los principios de autonomía y responsabilidad para la construcción curricular, la cual está fundada en las siguientes categorías de análisis :

- La meta esencial de la formación humana es la de formar individuos que perciben y actúan en el mundo a partir de la transformación de su conciencia crítica.
- En el proceso de formación se debe promover una conciencia crítica sobre lo natural inmodificable y lo cultural modificable, el proceso de aprendizaje docente-estudiante se da en los términos del diálogo y la negociación.
- El currículo se entiende como praxis en la que existe la interacción constante de individuos que llevan a cabo una construcción cultural.
- La construcción del currículo es un proceso activo en el que la planeación, implementación y evaluación se encuentran integradas y todos los actores participan de su creación.
- La gestión del currículo debe realizarse a partir de la reflexión crítica hacia los estándares, creencias y dogmatismos existentes, para evaluar y propiciar la emancipación a través de la acción.
- El papel del lenguaje es fundamental debido a que este es el medio para transformar la conciencia de los individuos y así, puedan comprender su propia existencia y participación en la construcción del currículo. De esta forma, el currículo deja de ser algo impuesto y pasa a convertirse en una construcción cultural mediada por la crítica y la participación.
- La interacción docente-estudiante se da en términos de la enseñanza y el aprendizaje a partir del diálogo, a partir de experiencias educativas en donde medie la negociación y el consenso entre docente y estudiante, ya que se pretende aprender para transformar.
- Los contenidos, métodos y técnicas buscan motivar el pensamiento crítico a partir de la participa-

ción de los estudiantes en la negociación.

- La evaluación promueve la autorreflexión del individuo y los grupos como indicador de orientación y emancipación.
- La función de las teorías es ser el punto de partida para identificar los conceptos que explican cómo se da la coerción y la distorsión de la información para inhibir el derecho a la libertad.
- Los términos claves de este enfoque son la emancipación, el diálogo, la crítica, la negociación, la responsabilidad, la autonomía y la praxis.

Con todo esto, el enfoque curricular emancipatorio busca que el currículo sea una construcción social y cultural que promueve la participación de todos los actores inmersos en su construcción y, además, tiene como finalidad la transformación de la conciencia de los individuos que perciben y transforman el mundo a partir de sus acciones, para que estos puedan “empoderarse” y a través de la reflexión crítica puedan transformar el mundo que les rodea. Para el desarrollo de esta nueva estructura curricular, Grundy (1987) propone la investigación acción ya que, al ser participativa, colaborativa, emancipadora, práctica y crítica, esta no solo permite entender la realidad, sino transformar a partir de la identificación de las problemáticas en las que sea necesario involucrarse para mejorar las condiciones sociales.

Transformación curricular en la enseñanza del derecho a partir del enfoque de la educación popular.

La transformación curricular nace al comprender que el currículo es una expresión del equilibrio de intereses que gravitan en un sistema educativo. Así, al comprender éste como un instrumento que históricamente refleja los intereses y valores predominantes de una sociedad, el currículo realiza la selección particular de una cultura en donde se fijan objetivos, orientaciones y contenidos que consolidan un plan educativo a desarrollar por parte de una institución educativa; la cual debe someter a procesos de autocrítica y renovación constante este instrumento a través del diálogo entre los actores que

realizan práctica educativa, ya que esto les permite adecuarse a las necesidades que demanda la realidad social.

Es en este contexto, en donde Pérez, C. y Álvarez, A. (2020) plantean que los modelos de enseñanza en el derecho se han desarrollado hegemónicamente a través de una visión estructuralista y lógica de los sistemas normativos en donde se desarrolla un enfoque de enseñanza hacia el positivismo jurídico, es decir, la enseñanza de la ley, la estructura normativa, la formalidad del derecho, etc. Al respecto, Vásquez (2008) comprende la existencia de tres modelos de enseñanza del derecho: i) el modelo formalista o positivista ortodoxo en donde la enseñanza se centra en el estudio del sistema jurídico, para la formación de un profesional con perfil de técnico jurídico, acrítico, irreflexivo y que entiende el Derecho como sistema neutro y no ideologizado, que no se interrelaciona con los contenidos valorativos del derecho, ii) el modelo crítico-realista que comprende la posibilidad de la ampliación del sistema de fuentes del derecho, hacia la interdisciplinariedad, la transculturalidad y el reconocimiento del Derecho como sistema que debe respetar los contenidos valorativos de una sociedad y por ello, el perfil profesional del estudiante debe propender por formar un actor transformador de realidades sociales y iii) el modelo deliberativo – democrático, el cual entiende la educación legal como un proceso que favorece la dignidad humana, debido a que permite la participación crítica y reflexiva de los estudiantes en el aula y además, se trabaja en la generación conjunta de acciones que pretendan la transformación de la realidad mediante el “litigio estratégico”.

Así es como Pérez, C. y Álvarez, A. (2020) plantean que la formación del abogado del siglo XXI debe desarrollarse bajo un modelo constructivista debido a que esto permite la participación del estudiante en la construcción del conocimiento, potencia sus capacidades, aprovecha las inteligencias múltiples, forma un profesional transformador, investigador, interdisciplinario, innovador poniendo al estudiante como centro del proceso educativo y apartándose del modelo conductista propio del positivismo jurídico en donde se hace énfasis en la formación de un jurista estático, acrítico, irreflexivo, pasivo, bajo un currículo rígido enfocado solo en conocimiento de la ley.

El modelo constructivista permite una formación crítica, transformadora progresista y autónoma del estudiante de derecho y el docente se convierte en ser un guía en el proceso de aprendizaje que promueve el diálogo, la crítica, la creatividad y el trabajo en equipo. (Gonzales, 2012; Calero, 2009).

En este contexto, este modelo constructivista no se enfoca sólo en la clase magistral y el aprendizaje memorístico, sino que tiene en cuenta nuevas estrategias de enseñanza aplicadas al derecho tales como: el aprendizaje basado en problemas, proyectos, equipos de trabajo, basado en servicio, en juegos, en investigación.

De este modo, Pérez, C. y Álvarez, A. (2020) comprenden que el mundo necesita profesionales con una noción ética que favorezca la transformación social ante las realidades injustas y para ello, es necesario formar profesionales del derecho que no sólo tengan conocimiento disciplinario, sino también estén formados en habilidades blandas y con el compromiso de trabajar por un mejor futuro.

De esta forma, la comprensión de un currículo comprendido como construcción social contribuye al fortalecimiento para la formación de este abogado, debido a que este currículo hace énfasis en la mediación cultural necesaria generada a través del diálogo entre los actores educativos para la consecución de fines e intereses en la comunidad académica. Sin embargo, comprenderlo desde una perspectiva basada en el enfoque de la educación popular cobra aún mayor fuerza, ya que este enfoque no sólo se puede aplicar en la enseñanza informal, sino que sus principios pueden aplicarse en el contexto de la educación formal. De esta forma, puede establecerse que la formación de un estudiante de derecho con enfoque hacia la educación popular contribuiría al desarrollo de un jurista crítico, reflexivo y, sobre todo, transformador de realidades sociales injustas.

Conclusiones

Como se ha desarrollado a lo largo del texto, el enfoque de la educación popular nace como una respuesta ante los sistemas de dominación euroamericanos en el

campo político, económico, cultural, epistemológico.

Se pretende que, a través de la lectura crítica de las condiciones injustas de la realidad, el estudiante tome una postura crítica para generar espacio de mediación, diálogo y consensos para la transformación. Esta educación popular se fundamenta en un paradigma latinoamericano, bajo una corriente crítico-transformadora y un enfoque de emancipación social, por lo que su línea metodológica se desarrolla bajo estrategias que comprenden que el acto educativo no es neutro, sino que pretenden transformar realidades injustas, reconociendo la heterogeneidad y buscando consensos democráticos a través del diálogo para la generación de estrategias creativas.

Así mismo, entender el currículo como construcción social y emancipador, significa que éste es producto del consenso, por lo que en su construcción social median intereses políticos, económicos, culturales en los que éste pretende mediar en el equilibrio de estos intereses que gravitan en el sistema educativo. Por esto, el currí-

culo debe construirse democráticamente por los agentes inmersos en el acto educativo, entendiendo que éste no es un campo neutral, sino que es un campo dispuesto para ser un instrumento de emancipación y transformación social para las bases de una mejor sociedad.

Con base en lo anterior, se puede concluir expresando que entender la formación de un jurista bajo el enfoque de la educación popular y un currículo como construcción social y emancipadora significa comprender la posibilidad de formación de un estudiante de derecho con vocación transformadora, que entiende que la esencia de su disciplina es la transformación social positiva de realidades injustas, por lo que entiende que necesita de un currículo que materialice dicho enfoque en una práctica pedagógica que gire en torno a la enseñanza de la democracia, el respeto, la tolerancia, la emancipación y que fundamentalmente, no sea neutra ante la realidad social, sino que sea un espacio de mediación cultural en el cual se pueda llevar a cabo la reflexión-acción para la transformación de la realidad.



Referencias

- Agray Vargas, N. (2008) *Currículo emancipatorio en la enseñanza de lenguas extranjeras: ¿ficción o realidad*. *Revista de Educación Bilingüe guist*, vol. II, núm., 2, pp. 115-124. Bogotá, Universidad única.
- Agray Vargas, N. (2010). *La construcción de currículo desde perspectivas críticas: Una producción cultural*. *Signo Y Pensamiento*, 29(56), 420-427. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.syp29-56.ccdp>
- Apple, M. (1986) *Ideología y currículum*. Madrid. Akal.
- Bernstein, B. (1980) On the classification and framing of educational knowledge. En Young, M. (Ed.) *Knowledge and control*. Londres. Collier Macmillian. 6 Impression.
- Calero, M. (2009). *Constructivismo. Aprendizaje sin límites*. México: Alfaomega Editor.
- Carr, W. y Kemmis, S. (1986) *Becoming Critical. Education, Knowledge and Action Research*, London, Falmer Press.
- Freire, P. (1975) *Pedagogía del oprimido*. Siglo XXI.
- González Galván, J. A. (2012). El constructivismo pedagógico aplicado al derecho: hacia una formación dinámica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLV (133), 119-139.
- Grundy, S. (1987) *Curriculum: product of praxis*. Londres. The Falmer Press. (Trad. *Producto o praxis del currículum*. Madrid. Morata. 1991).
- Habermas, J. (1984) *Ciencia y técnica como ideología*, Madrid, Tecnos.
- King, N. (1986) *Recontextualizing the curriculum. Theory into practice*. XXV, Num. 1.
- Mejía (2011) *Educaciones y pedagogías críticas desde el sur. Cartografías de la educación popular*. Consejo de Educación de Adultos de América Latina. Ciudad de Panamá, Panamá.
- Pérez, C. y Álvarez, A. (2020) *Nuevos enfoque de enseñanza basados en el aprendizaje aplicados en la ciencia jurídica*. En: Albornoz, N. y Bermúdez, V. (2020) *Análisis de coyunturas fronterizas en y desde Colombia*. Ediciones Universidad Simón Bolívar. Barranquilla, Colombia

.Tyler, R. (1973) *Principios básicos del currículo*. Buenos Aires. Troquel.

Vásquez, R. (2008). Concepciones filosóficas y enseñanza del Derecho. Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho, 6(12), 221-237.

Whitty, G. (1985) *Sociology and school knowledge*. Londres. Methuen.

Young, M. (1980) *An Approach to study as socially organized knowledge*. En Young, M. (Ed.) Knowledge and control. Londres. Collier Macmillian. 6 Impression.

**Competencia por conexidad
en la ejecución de providencias
judiciales de la jurisdicción
contencioso administrativa según la
Ley 2080/21**



Competencia por conexidad en la ejecución de providencias judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa según la Ley 2080/21

Autores:

Juan Camilo Hernández Rivera*

Resumen:

La Ley 2080 de 2021 estableció la regla general de competencia por el factor de conexidad en materia de ejecución de decisiones judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa, acogiendo el criterio jurisprudencial unificado del Consejo de Estado, a fin de dotarla de fuerza legal para su aplicación por los operadores judiciales. Esta regla tiene excepciones en su aplicación y suscita una discusión relevante frente a su entrada en vigencia. **Palabras clave:** Proceso ejecutivo, competencia, conexidad, ejecución, Ley 2080/21.

Abstract

The Law No. 2080/21 sets the general rule of connection competence in the enforcement procedures of judicial decisions of the Administrative Jurisdiction, embracing the judicial criteria adopted by the State's Council, aiming at giving legal force to that rule for its enforcing by judicial operators. This rule has exceptions and proposes a relevant discussion about its coming into force.

Keywords: enforcement procedure, judicial competence, connection competence, enforce, Law No. 2080/21.

Antecedentes - establecimiento del factor de conexidad

Fue con la Ley 446 de 1998 que se le asignó completamente a la jurisdicción contencioso administrativa -en adelante JCA- la competencia para conocer procesos ejecutivos donde el título reclamado sea una providencia judicial dictada por ésta¹. Sin embargo, contrario a como ha venido operando para la jurisdicción ordinaria (factor de conexidad)², esta ley estableció reglas de competencia por los factores de cuantía y territorial para determinar el conocimiento de estos procesos entre las diferentes autoridades que integran la JCA³.

Con la Ley 1437 de 2021 -en adelante CPACA-, especialmente frente a lo dispuesto originalmente en sus artículos 156⁴ y 298⁵, puede decirse que el legislador tuvo la voluntad de establecer el criterio de conexidad para determinar la competencia en materia de procesos ejecutivos derivados de providencias judiciales. No obstante, por falta de técnica legislativa⁶ y por el rezaigo que en la práctica dejaron las reglas de la Ley 446 de 1998⁷, el CPACA no fue lo suficientemente preciso y claro para prescribir de forma incontrovertible la regla de conexidad como regla de competencia para la ejecución de las providencias dictadas por la JCA.

Lo anterior implicó que, por un lado, varios jueces administrativos determinaron la competencia aplicando las reglas de los factores de cuantía y territorial; de otro lado, varios jueces la determinaron a partir del criterio de conexidad⁸.

Ante la disparidad de criterios, fue con el auto de unificación dictado por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de julio de 2016 (Rad. 2014-01534-00), y luego con el auto de unificación dictado el 29 de enero de 2020 por la Sección Tercera de la misma alta corporación (Rad. 2019-00075-01), que por vía jurisprudencial se estableció y consolidó una interpretación de las reglas de competencia del CPACA en materia de ejecución de providencias judiciales, conforme

*Abogado de la Universidad Autónoma de Colombia, con especializaciones en derecho constitucional y derecho administrativo de la Universidad Nacional de Colombia.

con la cual debe aplicarse el criterio de conexidad⁹.

La reforma al CPACA, contemplada en la Ley 2080 de 2021¹⁰, recogió el criterio jurisprudencial adoptado, buscando ajustar las imprecisiones del CPACA y estableciendo una disposición clara que prescriba la conexidad como regla general para definir la competencia en ejecuciones de providencias judiciales que emite la JCA.

En este sentido, la citada ley no implicó como tal una modificación o reforma sino la positivización o formalización del criterio jurisprudencial adoptado que ya venía aplicando. En otros términos, la “institucionalización del factor de conexidad” (Rodríguez, 2021, pág. 475).

Funcionamiento del factor de conexidad

Según la regla de conexidad acogida por la Ley 2080 de 2021, el proceso ejecutivo en el que se pretenda el cumplimiento de una providencia judicial de la JCA deberá ser tramitado en única, primera o segunda instancia por la misma autoridad judicial que, respectivamente, decidió en tales instancias el proceso declarativo en el que se dictó tal providencia¹¹.

A modo de ejemplo, supóngase que en el marco de un medio de control de nulidad y restablecimiento del

derecho, el Juzgado Único Administrativo de Leticia profirió una sentencia reconociendo el pago de unos derechos de orden laboral. Dicha sentencia fue confirmada en segunda instancia por la sala de decisión de la subsección F de la sección segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. De acuerdo con la regla de conexidad anotada, el mismo juzgado señalado conocerá en primera instancia la ejecución de la sentencia, y la misma sala de decisión del tribunal mencionado conocerá en segunda instancia dicha ejecución.

Si en el ejemplo anterior la sentencia que reconoce el pago de derechos laborales hubiere sido proferida en primera instancia por la aludida subsección del tribunal, y confirmada en segunda instancia por la sala de decisión de la subsección B de la sección segunda del Consejo de Estado, el proceso ejecutivo correspondiente deberá ser conocido en primera instancia por dicha subsección del tribunal y en segunda instancia por tal subsección del Consejo de Estado.

Ahorabien, y continuando con el ejemplo planteado, puede suceder que la sentencia proferida en primera instancia no haya reconocido derecho alguno, sino que fue la sentencia de segunda instancia, o la proferida en resolución de algún recurso extraordinario, la que sí lo reconoció.

Para estos eventos la Ley 2080 de 2021¹², e incluso la jurisprudencia anterior a la vigencia de tal ley¹³, es cla-

¹ Ya desde antes la JCA conocía la ejecución de sentencias dictadas por esta, pero únicamente en materia contractual. Lo anterior, en virtud del art. 75 de la Ley 80 de 1993, y las sentencias del 29/11/1994 del Consejo de Estado (sección tercera, Rad. S-414) y C-388 de 1996 de la Corte Constitucional.

² Decreto Ley 1400, 1970, art. 335; Ley 1564, 2012, art. 306.

³ Decreto Ley 01, 1984, arts. 132, 134D

⁴ “(...) En las ejecuciones de las condenas impuestas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de las obligaciones contenidas en una conciliación aprobada por esta jurisdicción, será competente el juez que profirió la providencia respectiva”.

⁵ “(...) [S]i transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la fecha que ella señale, esta no se ha pagado, sin excepción alguna el juez que la profirió ordenará su cumplimiento inmediato”.

⁶ En este sentido, véanse los comentarios del profesor Juan Pablo Estrada sobre la redacción original del título IX de la parte segunda del CPACA (Benavides [Ed.], 2016, págs. 695-704).

⁷ En el marco de esta discusión se destaca que las reglas aludidas de la Ley 446 de 1998 se vieron desafiadas por Jueces Administrativos que en su criterio consideraban que más bien, por remisión, debía aplicarse el factor de conexidad previsto en el artículo 335 del Decreto Ley 1400 de 1970 -CPC- (Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 25/06/2014, Rad. 2013-01043-01).

⁸ Véase lo anotado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, en el auto del 29 de enero de 2020 (Rad. 2019-00075-01).

⁹ Otras Secciones del Consejo de Estado ratificaron en varias decisiones el criterio (Sección Primera, auto del 31/01/2020, Rad. 2014-00080; Sección Cuarta, auto del 15/11/2017, Rad. 2013-00140-01).

¹⁰ Véanse principalmente las modificaciones que la Ley 2080 de 2021 hizo a los artículos 151 -numeral 8-, 152 -numeral 6-, 154 -numeral 2-, 155 -numeral 7-, 156 y 298 del CPACA (2011).

ra en disponer que de todas formas el proceso ejecutivo en primera instancia será tramitado por el juez que conoció en dicha instancia el proceso declarativo en el que se dictó la providencia judicial que se ejecuta.

Debe indicarse que el CPACA, con la modificación de la Ley 2080 de 2021, actualmente es expreso y claro en prescribir quién conoce en primera instancia la ejecución de una sentencia emitida por la JCA, que, se reitera, es el que en tal instancia conoció el proceso declarativo en el que se emitió la decisión que se ejecuta.

No ocurre lo mismo con la determinación del juez que debe conocer el proceso ejecutivo en segunda instancia por conexidad, en el sentido de que es en principio el que decidió en dicha instancia el proceso declarativo en el que se emitió la providencia que se ejecuta.

Lo anterior quizás pueda obedecer a tres situaciones. La primera, por el hecho que no en todos los casos las decisiones de un proceso declarativo son apeladas y ello generaría dificultades para establecer una regla general de competencia por el factor de conexidad en ejecuciones de segunda instancia. La segunda, porque se sobreentiende que el juez de segunda instancia es el superior funcional del juez de ejecución de primera instancia, y resultaría inane y redundante disponer una regla al respecto. La tercera, por omisión no deliberada y/o inadvertida del legislador.

Cabe anotar que la regla de competencia por el factor de conexidad tiene implicaciones más allá del hecho de sólo establecer que el mismo juez que emitió la providencia que se ejecuta conozca la ejecución de ésta.

Así, puede afirmarse que esta ley tácitamente prevé una regla general de competencia por el factor de conexidad

para determinar el juez de segunda instancia en la ejecución de providencias judiciales emitidas por la JCA. En primer lugar, tal regla se deduciría, *mutatis mutandis*, de la misma que señala que el juez de primera instancia del proceso declarativo será el mismo juez de ejecución en igual instancia, independientemente de si este emitió la providencia que reconoció el derecho reclamado vía ejecutivo. Esto, apelando al principio de efecto útil de las normas¹⁵, así como a los principios de economía procesal y eficiencia de la administración de justicia que dan sentido al factor de competencia por conexidad.

En segundo lugar, la regla general de competencia por conexidad en segunda instancia aplicaría por virtud de lo dispuesto en el artículo 8¹⁶, numeral 8.5, del Acuerdo No. PSAA06-3501 del 2006 del Consejo Superior de la Judicatura, asumiendo que la ejecución de una providencia judicial¹⁷ sería un trámite a continuación, accesorio o posterior del proceso declarativo en el cual se emitió aquella. Por ello tiene sentido y relevancia aplicar el factor de competencia por conexidad cada vez que un mismo asunto ingrese para trámite de segunda instancia al superior¹⁸.

Algunas excepciones al factor de conexidad Juez de ejecución de segunda instancia

Tal como se mencionó en los párrafos precedentes, puede ocurrir que la decisión judicial de la JCA que se ejecuta, se haya proferido en primera instancia y no haya sido objeto de apelación. En este caso no habría una autoridad de segunda instancia predeterminada para que asuma por conexidad el conocimiento de la segunda instancia que eventualmente se llegare a dar en el proceso ejecutivo que se promueva.

¹¹ “Es necesario resaltar el efecto útil de la norma, (...) con el fin de garantizar la economía procesal, la continuidad, la unidad interpretativa del título, el menor desgaste técnico y económico de los sujetos procesales, la celeridad en la solución del litigio, así como la realización plena del derecho que se reconoce en la sentencia judicial” (Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 25/07/2016, Rad. 2014-01534-00).

¹² Por ejemplo, el art. 155 del CPACA (2011), modificado por el artículo 30 de la Ley 2080 de 2021, dispone: “(...) De la ejecución de condenas impuestas o conciliaciones judiciales aprobadas en los procesos que haya conocido el respectivo juzgado en primera instancia, incluso si la obligación que se persigue surge en el trámite de los recursos extraordinarios”.

¹³ “(...) La ejecución debe tramitarla el juez que conoció el proceso en primera instancia, así este no haya proferido la sentencia de condena; lo anterior, con el fin de preservar los objetivos perseguidos con el factor de conexidad ya analizado” (Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 25/07/2016, Rad. 2014-01534-00).

Así, el trámite de la segunda instancia en este evento deberá ser asignado por reparto a alguno de los despachos judiciales del superior funcional correspondiente (Tribunal Administrativo o Consejo de Estado), quien tomará la decisión procedente de ponente o con la sala, según sea el caso.

Ejecución de decisiones dictadas por el Consejo de Estado en única instancia y en garantía de la doble conformidad

Antes de la Ley 2080 de 2021, el Consejo de Estado había resuelto que la ley no le había asignado el conocimiento de procesos ejecutivos en única instancia, y que este tipo de procesos ante esta jurisdicción debían ser de doble instancia, en garantía de los derechos de las partes.

Así, dispuso que las ejecuciones de sus decisiones dictadas en única instancia debían ser tramitadas aplicando las reglas de competencia por los factores territorial y de cuantía, siendo posible únicamente que

la alta corporación conozca ejecuciones de providencias judiciales en segunda instancia (Sección Tercera, auto del 01/04/2019, Rad. 2014-00058-01; Sección Segunda, auto del 04/10/2019, Rad. 2019-00536-00).

La Ley 2080 de 2021, con la modificación de los artículos 149, 151 -numeral 8-, 152 -numeral 6-, 154 -numeral 2- y 155 -numeral 7- del CPACA (2011), ratificó que el Consejo de Estado no conozca las ejecuciones de sus decisiones adoptadas en única instancia. Estableció expresamente que los juzgados y tribunales administrativos conocerán en única instancia la ejecución de las decisiones que, respectivamente, estos mismos hayan decidido en tal instancia.

Adicionalmente, dispuso que “los demás procesos ejecutivos” (Ibídem, arts. 152 -numeral 6- y 155 -numeral 7), en los que se incluyen las ejecuciones de decisiones del Consejo de Estado adoptadas en única instancia y en garantía de la doble conformidad, serán conocidos en primera instancia por estos, de acuerdo con las reglas de competencia por los factores de cuantía y territorial. En este sentido, para este caso no sólo hay una excep-



Independientemente de si hubo cambio de la Magistrada o el Magistrado titular.

¹⁴ “(...) Según este principio, en caso de perplejidades hermenéuticas, el operador jurídico debe preferir, entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable” (Corte Constitucional, sentencia C-569, 2004).

¹⁵ “(...) Cuando un asunto fuere repartido por primera vez en segunda instancia, en todas las demás ocasiones en que deba volver al superior funcional, el negocio corresponderá a quién se le repartió inicialmente (...)” (Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo PSAA06-3501 del 2006, art. 8, numeral 8.5).

¹⁶ Por el cual se reglamenta el reparto de los asuntos de conocimiento de los Juzgados Administrativos.

¹⁷ Véase el auto de 30/07/2018, Rad. 2018-01334-00, de la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ción a la aplicación de la regla general de competencia por el factor de conexidad en materia de ejecución de providencias emitidas por la JCA, sino también una excepción a la regla general que también establece la Ley 2080 de 2021, en el sentido que la ejecución de las decisiones adoptadas en única instancia por jueces y tribunales administrativos es igualmente de única instancia¹⁹.

Esto último puede justificarse para compensar el hecho que no sea el Consejo de Estado quien ejecute judicialmente sus decisiones de única instancia, las cuales se adoptan, por lo general, en asuntos de relevancia institucional y nacional, dotando de cierta legitimidad el proceso.

Ahora bien, se advierte que no es completamente claro el criterio para la aplicación del factor territorial a fin de establecer qué autoridad judicial de la JCA debe conocer la ejecución de una decisión de única instancia del Consejo de Estado, o adoptada en garantía de la doble conformidad.

Por un lado, si se asume que la ejecución debe tramitarse ante un juez o tribunal del lugar donde se expidió la decisión (Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 04/10/2019, Rad. 2019-00536-00), los jueces administrativos de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendrían la competencia exclusiva para conocer de tales ejecuciones²⁰.

Sin embargo, en principio, lo anterior podría implicar de cierta manera un desequilibrio para tales autoridades judiciales frente a los efectos que en sus cargas conlleva la reordenación de competencias fijada por la Ley 2080 de 2021²¹.

Por otro lado, no aplicaría la regla establecida en el numeral 4 del artículo 156 del CPACA (2011)²², pues el Consejo de Estado no ha conocido directamente en única instancia asuntos contractuales, ni antes ni después de la vigencia de la Ley 2080 de 2021. Además, generaría más confusiones que claridades aplicar en abstracto la regla de dicha norma a asuntos de diferente materia.

A la discusión anterior podría añadirse la consideración de aplicar lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 28 de la Ley 1564 de 2012 (Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 25/08/2021, Rad. 2002-01321-02), por remisión del artículo 306 del CPACA (2011), o de dejar que el lugar de ejecución se determine a elección del accionante entre los domicilios de este y del accionado.

Sin embargo, habría que revisar a fondo la procedencia de estas opciones, pues así mencionadas aunque fortalecen la discusión-, no ofrecen una solución contundente al problema en términos procesales. Por lo pronto, será tarea de la jurisprudencia dilucidar en concreto este punto planteado, considerando además que a pesar de que en teoría sea relevante analizarlo, en la práctica es ocasional la ejecución judicial de decisiones de única instancia del Consejo de Estado

Ejecución de decisiones dictadas por despachos judiciales que ya no existen

Puede suceder que el juzgado administrativo o el despacho judicial o sala del tribunal administrativo que expidió la decisión que se pretende ejecutar por vía judicial, haya desaparecido por supresión o finalización del periodo por el que se creó. Esta situación puede presentarse sobre todo en los casos en que fueron jueces, magistrados o salas transitorios, de descongestión o itinerantes los que dictaron la providencia judicial que constituye el título ejecutivo a reclamar. En este punto resulta relevante aplicar lo considerado por el Consejo de Estado, sección segunda, en su decisión de unificación del 25 de julio de 2016:

a) Puede ocurrir que el despacho que profirió la sentencia de condena haya desaparecido para el momento en que regresa el expediente del trámite de segunda instancia²⁴, caso en el cual la competencia la asumirá el que corresponda de acuerdo con la redistribución

¹⁸ Véase el auto de 30/07/2018, Rad. 2018-01334-00, de la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

¹⁹ Antes de la Ley 2080 de 2021 la ejecución de decisiones de única instancia proferidas por la JCA, a cargo de los Jueces y Tribunales Administrativos, eran de doble instancia.

o reasignación que se haya dispuesto de los asuntos que este conocía, por parte de la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura.

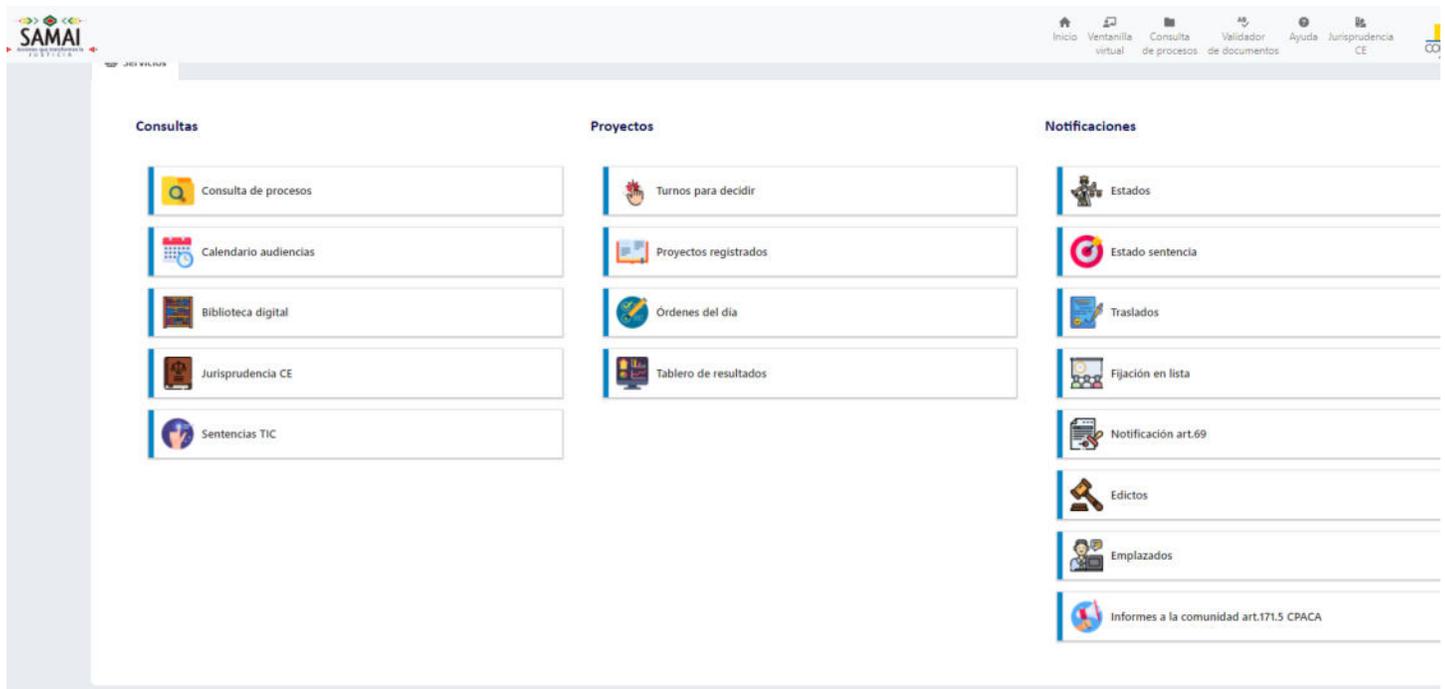
b) Si el proceso se encuentra archivado y ocurre la desaparición del despacho que profirió la condena²⁵, la competencia para conocer del proceso ejecutivo le corresponderá a aquel que se determine de acuerdo con el reparto que efectúe la oficina encargada de ello, en el respectivo Circuito Judicial o Distrito Judicial, según el caso (...) (Rad. 2014-01534-00).

En este punto lo que debe tenerse en cuenta es que todo proceso judicial, incluso luego de archivarse, puede tener eventualmente trámite posterior alguno. Por ello, en todo momento, incluso si el despacho judicial que inicialmente lo conoció y decidió desaparece, el proceso estará asignado a alguna autoridad judicial para adelantar tal trámite, ya sea por el sistema o por disposición

de los consejos superior o seccionales de la judicatura.

En este sentido, es efectiva la solución que formula el Consejo de Estado en la decisión citada, no siendo procedente en estos casos recurrir a aplicar las reglas de competencia por los factores de cuantía y territorial²⁶.

La pregunta sería, si de acuerdo con las precisas facultades que se le atribuyen a los despachos judiciales temporales, estos pueden conocer las ejecuciones de sus decisiones mientras se encuentren funcionando. Al respecto, considero que sí podrían conocer tales ejecuciones atendiendo la finalidad de la regla de conexidad en este tipo de procesos y las mismas finalidades que sustentan la creación de tales despachos. Lo anterior, hasta tanto no opere alguna reasignación o redistribución por parte de la autoridad judicial competente.



²⁰ Eventualmente lo sería el Consejo de Estado en segunda instancia, si en primera instancia conoce el Tribunal Administrativo.

²¹ Por una situación similar la Ley 2080 de 2021 ajustó la competencia por el factor territorial en materia de reparación directa (CPACA, 2011, art. 156), disponiendo que esta solo se determinaría por el lugar donde ocurrieron los hechos, omisiones u operaciones administrativas. Lo anterior, para que las demandas en ejercicio de este medio de control no se concentraran en los Jueces Administrativos de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuando el demandado sea una entidad del orden nacional, que por lo general tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá.

²² “4. En los contractuales y en los ejecutivos originados en contratos estatales o en laudos arbitrales derivados de tales contratos, se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato”.

Ejecución de providencia que fija gastos del perito

La Ley 2080 de 2021 hizo modificaciones en materia de pruebas, ajustando las reglas de la prueba pericial solicitada por las partes y practicada en sede judicial. En el marco de dicha regulación, modificó el artículo 221 del CPACA (2011):

Artículo 221. Honorarios del perito. Practicado el dictamen pericial y surtida la contradicción de este, el juez fijará los honorarios del perito mediante auto que presta mérito ejecutivo, contra el cual solo procede el recurso de reposición. En el evento en que se tramite el proceso ejecutivo la competencia se regirá por el factor conexidad cuando el ejecutado sea una entidad pública²⁷. Si el ejecutado es un particular conocerá de este proceso ejecutivo la jurisdicción ordinaria.²⁸

Así, como la providencia de la JCA en la que se imponga a un particular la obligación de pagar honorarios al perito se ejecuta ante la jurisdicción ordinaria, no opera en este caso el factor de conexidad.

Vigencia de la regla de conexidad prevista en la Ley 2080

La Ley 2080 de 2021 previó una regla de transición para la aplicación de las disposiciones que modificaron y reordenaron las competencias de los jueces y tribunales administrativos y el Consejo de Estado. El artículo 86 de dicha ley estableció que tales disposiciones entrarían a regir un año después de la publicación de la misma, que sería el 25 de enero de 2022. Lo anterior, atendiendo el artículo 83 de dicha ley, con la finalidad de que se evalúen los efectos de las nuevas reglas

de competencia frente a demanda y se adopten medidas como creación de despachos judiciales, capacitaciones, fortalecimiento de la infraestructura de la JCA, etc.; para procurar la mejor implementación posible.

Como formalmente la “institucionalización del factor de conexidad” (Rodríguez, Op. Cit., pág. 475) constituye una modificación en materia de competencias, en principio se consideraría que, de acuerdo con lo anterior, su entrada en vigencia sería desde el 25 de enero de 2022 (Ibídem, pág. 408).

No obstante lo anterior, existiría otro criterio para considerar que las disposiciones que positivizaron la regla de competencia por el factor de conexidad en materia de ejecución de providencias de la JCA, habrían entrado en vigencia material y excepcionalmente desde la publicación de la Ley 2080 de 2021, esto es, desde el 25 de enero de tal año.

Como se precisó en precedencia, la regla de competencia por el factor de conexidad en ejecuciones de providencias de la JCA consiste en que el mismo juez que conoció el proceso declarativo en que se emitió una providencia, sea el que conozca su ejecución judicial.

Puede haber excepciones, como las indicadas líneas atrás. La jurisprudencia del Consejo de Estado que fijó y consolidó la regla anterior, previó de cierta manera tales excepciones. Con base en dicha jurisprudencia, la regla se ha venido aplicando con anterioridad y después de la promulgación de la Ley 2080 de 2021, que acogió tal jurisprudencia. Visto así, entre la aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la regla en cuestión y las normas de la Ley 2080 de 2021 que la acogieron, existe solamente una diferencia frente a la fuente jurídica de la regla (de la jurisprudencia a la ley), pero en términos

²³ Entiéndase como tal al juzgado o despacho de magistrado ponente correspondiente dentro de un tribunal, independientemente del cambio de titular de los mismos (pie de página original de la cita).

²⁴ Ya sea por supresión, traslado a otro Distrito o Circuito Judicial o porque se trataba de uno incluido en el plan nacional de descongestión (pie de página original de la cita).

²⁵ Juzgado o despacho de magistrado ponente, independientemente del cambio de titular (pie de página original de la cita).

²⁶ Por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala Plena, dirimió conflictos de competencia asignando el conocimiento de ejecuciones judiciales de providencias al despacho permanente que reemplazó al despacho en descongestión que emitió la decisión (auto del 01/10/2018, Rad. 2018-01457; auto del 03/09/2018, Rad. 2018-00839).

²⁷ Sobre el alcance de “entidad pública”, ver lo dispuesto en el párrafo del artículo 104 del CPACA (2011).

²⁸ Subrayado fuera de texto.

materiales tal regla y su aplicación son la misma, incluso las situaciones excepcionales en las que no aplica.

La transición de un año para la entrada en vigencia de las modificaciones en materia de competencias de la Ley 2080 de 2021, como se anotó, se previó para revisar y atender los efectos de tales modificaciones, a fin de adoptar medidas como la creación y/o adecuación de despachos judiciales principalmente.

La ejecución de las providencias de la JCA que se emitieron con anterioridad y después de promulgada la ley mencionada, con base en el factor de conexidad aplicable, debe efectuarse por regla general por los jueces que las profirieron, cuyos despachos o salas ya existen -con las excepciones anotadas en precedencia-, y que en su estado actual prevé el trámite eventual de estas ejecuciones; no siendo necesario en principio la creación de otros para atenderlas²⁹.

De esta manera, la regla de conexidad en ejecuciones de providencias de la JCA no implica modificaciones sustanciales en su aplicación, ya sea con fundamento en la jurisprudencia previa del Consejo de Estado o en las normas de la Ley 2080 de 2021 que la acogieron.

Así, en el fondo, la regla de conexidad en cuestión no estaría en la situación que sustenta la transición para la vigencia de la reordenación de competencias de la Ley 2080 de 2021, no justificándose postergar su aplicación.

Lo anterior, más si la finalidad de recoger la regla de conexidad por la ley es precisamente dotarla de fuerza para su aplicación estricta por la JCA. Quizás bajo esta lógica, por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en auto del 26 de marzo de 2021 (Rad. 2020-02424-00), es decir, en vigencia de la Ley 2080 de 2021, consideró:

(...) Las Salas Plenas de las Secciones Segunda y Tercera, respectivamente, unificaron su jurisprudencia para señalar que, en materia de procesos ejecutivos derivados de sentencias dictadas

por la jurisdicción administrativa, el factor que determina la competencia es el de conexidad. Esta posición actualmente corresponde a la totalidad de las secciones de la alta corporación e incluso fue recogida con mayor claridad en los artículos 28-6 y 30-7 de la Ley 2080 de 2021, cuyas previsiones aplican a las demandas radicadas a partir del 25 de enero del 2021 en virtud de su régimen de vigencia y transición normativa (art. 86).

La anterior constituye una interesante discusión teórica y práctica frente a la vigencia de normas procesales en materia de competencia. Tal vez a esta altura de la discusión lo más práctico sería considerar que las disposiciones de la Ley 2080 de 2021 que recogieron el factor de conexidad como regla de competencia general para la ejecución de decisiones de la JCA, tiene vigencia desde el 25 de enero de 2022.

Sin embargo, debería considerarse igualmente que no incurrió en error ni vía de hecho alguna el juez que, con anterioridad a esa fecha y respetando la *perpetuatio jurisdictionis*, invocó como fundamento la Ley 2080 de 2021 para determinar la competencia en ejecuciones de providencias de la JCA. Esto, respetando el principio de autonomía funcional del juez, pues al final de cuentas habría ratificado el criterio jurisprudencial recogido por la Ley³⁰.

A manera de crítica, la discusión anterior resulta relevante también por cuanto habría evitado decisiones como la adoptada por el Consejo de Estado en auto del 25 de agosto de 2021 (Rad. 2002-01321-02), en la que en el marco de una ejecución de una sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Santander, y en segunda instancia por el Consejo de Estado, en un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral; resolvió que por cuantía un juzgado administrativo de Barrancabermeja debía conocer en primera instancia el proceso ejecutivo, desconociendo así la regla general de competencia por el factor de conexidad en esta materia, por un simple criterio de autoridad

²⁹ En este sentido, el fortalecimiento de la infraestructura de los actuales despachos judiciales de la JCA será una medida relevante para mejorar la atención de los procesos ejecutivos que por conexidad estos tienen a su cargo actualmente.

³⁰ La Sección Tercera, en su decisión de unificación del 29 de enero de 2020, en atención al principio de autonomía funcional del juez, previo una transición para la aplicación del criterio allí adoptado, validando en cierta forma las decisiones anteriores que no lo aplicaron (auto del 29/01/2020, Rad. 2019-00075-01).

Referencias

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). Art. 75 [Título VIII]. Ley 80 de 1993. DO: 41.094.

Congreso de la República de Colombia. (7 de julio de 1998). Ley 446 de 1998. DO: 43.335.

Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [Ley 1437 de 2011]. DO: 47.956.

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). Código General del Proceso [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.

Congreso de la República de Colombia. (25 de enero de 2021). Ley 2080 de 2021. DO: 51.568.

Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 29/11/1994. Rad. S-414 [C.P.: Chahín, G.].

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. auto de 25/06/2014. Rad. 2013-01043-01 (1739-14) [C.P.: Aranguren, G.].

Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto de 25/07/2016. Rad. 2014-01534-00 (4935-14) [C.P.: Hernández, W.].

Consejo de Estado, Sección Cuarta Auto de 15/11/2017. Rad. 2013-00140-01 (22065) [C.P.: Piza, J.].

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Auto de 01/04/2019. Rad. 2014-00058-01 (63008) [C.P.: Marín, M.].

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto de 04/10/2019. Rad. 2019-00536-00 (4233-19) [C.P.: Ibarra, S.].

Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de 29/01/2020. Rad. 2019-00075-01 (63.931) [C.P.: Montaña, A.].

Consejo de Estado, Sección Primera. Auto de 31/01/2020. Rad. 2014-00080-01 [C.P.: Sánchez, H.].

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto de 25/08/2021. Rad. 2002-01321-02 (2705-16) [C.P.: Ibarra, S.].

Consejo Superior de la Judicatura. (6 de julio de 2006). Art. 8, num. 8.5. Acuerdo PSAA06-3501 de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. (22 de agosto de 1996) Sentencia C-388/96 [M.P.: Gaviria, C.].

Corte Constitucional de Colombia. (8 de junio de 2004) Sentencia C-569/04 [M.P.: Uprimny, R.].

Estrada, J.P. (2016). Título IX, Proceso Ejecutivo. Comentarios al título. En J. L. Benavides (Ed.), *Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*. Ley 1437 de 2021. Comentado y Concordado (págs. 695-704). Universidad Externado de Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (6 de agosto de 1970). Código de Procedimiento Civil [Decreto Ley 1400 de 1970]. DO: 33.150.

Presidencia de la República de Colombia. (2 de enero de 1984). Código Contencioso Administrativo [Decreto Ley 01 de 1984]. DO: 36.439.

Rodríguez, M. (2021). *La acción ejecutiva ante la jurisdicción administrativa* (6ª ed.). Lijursánchez.

Tribunal Administrativo de Boyacá. Auto de 26/03/2021. Rad. 2020-02424-00 [M.P.: Fernández, J.].

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala Plena. Auto de 30/07/2018. Rad. 2018-01334-00 [M.P.: Calvo, N.].

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala Plena. Auto de 03/09/2018. Rad. 2018-00839 [M.P.: Manjarrés, P.].

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala Plena. Auto de 01/10/2018. Rad. 2018-01457 [M.P. Escobar, B.].

El dolo, como aspecto de la culpabilidad disciplinaria en la Ley 1952 de 2019



El dolo, como aspecto de la culpabilidad disciplinaria en la Ley 1952 de 2019

Autores

Alberto Mario Ropain Escobar*

Resumen

En el presente artículo se realizará un análisis comparativo desde la óptica del dolo como título de imputación subjetiva, relacionado con la forma en que aquél está desarrollado en la Ley 734 de 2002 y como quedó redefinido en la Ley 1952 de 2019, sin dejar de lado las implicaciones y consecuencias que a futuro tendrán que afrontar las autoridades competentes encargadas de aplicar la ley disciplinaria al momento de determinar algún tipo de responsabilidad disciplinaria.

Palabras clave: dolo, responsabilidad, culpa, conducta, sujeto.

Abstract

In this article, a comparative analysis will be carried out from the perspective of fraud as a subjective imputation title, related to the way it is developed in Law 734 of 2002 and how it was redefined in Law 1952 of 2020, without neglecting the implications and consequences that the competent authorities in charge of applying the disciplinary law will have to face in the future when determining any type of disciplinary responsibility.

Keywords: Intent, responsibility, guilt, conduct, subject.

El 29 de marzo del 2022 entrará a regir la Ley 1952 de 2019 (Nuevo Código General Disciplinario)¹ derogando, en consecuencia, la Ley 734 de 2002 y otros artículos que regulaban el régimen disciplinario contenidos en la Ley 1474 de 2011 y en el Decreto-ley 262 de 2000.

Los aspectos sustanciales que fueron objeto de cambio fueron: a) la reorganización, complementación y adición de los principios mínimos que debe regir el derecho disciplinario; b) la culpabilidad disciplinaria; c) la prescripción disciplinaria; d) la organización y ajuste de las faltas gravísimas y la creación de otros comportamientos típicos de esta naturaleza; e) modificación del régimen de sanciones disciplinarias; f) la aplicación del principio de favorabilidad.

Por otra parte, en cuanto a los aspectos procesales que sufrieron modificación, se destaca: a) la doble instancia para los aforados; b) la adopción de un procedimiento disciplinario único; c) las modificaciones del derecho de defensa, como consecuencia del cambio del procedimiento; d) la creación de un régimen probatorio para el derecho disciplinario; e) los beneficios por colaboración.

Ahora, en lo atinente a la culpabilidad disciplinaria, la Ley 1952 clarificó en gran medida algunos conceptos que necesariamente son esenciales para estructurar en debida forma la responsabilidad disciplinaria.

En efecto, dicho compendio normativo definió los conceptos de dolo y culpa en materia disciplinaria, teniendo en cuenta que la Ley 734 de 2002 no cuenta con definición del primer título de imputación subjetiva (dolo) y que sobre la culpa recaen muchas críticas. En la exposición de motivos del proyecto de Ley 1952, se aseveró lo siguiente:

Respecto al dolo podemos advertir que su redacción es similar al que se encuentra establecido en el Código Penal. Sin embargo y a pesar de que son claras las diferencias que existen entre una y otra especie de derecho sancionador, la conclusión final fue que es mejor optar por un concepto no tan cerrado, para que no se le imposibilite al funcionario valorar las diferentes modalidades en que se

* Abogado de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Público. Magíster en Derecho Público.

puede configurar este especial título de imputación subjetiva. En cuanto a la culpa, el proyecto apunta a adoptar una definición más clara, soportada en la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y diferenciando aquella culpa que se puede dar con representación o sin representación. (República de Colombia, Gaceta del Congreso, 10 de diciembre de 2014. Pág. 3).

En tal sentido, lo que quiso el legislador fue redefinir el concepto de dolo y culpa soportado en contenidos propios de la dogmática disciplinaria, sobre los cuales en la Ley 734 de 2002 no existía ninguna mención.

Sobre el particular, la culpabilidad, como factor de análisis de la conducta del sujeto disciplinable al determinar la responsabilidad, está regulada en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, prescribiendo que “*En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa*”.

Lo cual significa en términos de la jurisprudencia constitucional, que “*El titular de la acción disciplinaria no solamente debe demostrar la adecuación típica y la antijuridicidad de la conducta, pues ésta debe afectar o poner en peligro los fines y las funciones del Estado, sino también le corresponde probar la culpabilidad del sujeto pasivo manifestando razonadamente la modalidad de la culpa*”. (2015)

La determinación de la culpabilidad en materia disciplinaria, se asocia entonces a la revisión del dolo. Esto, teniendo en cuenta lo señalado en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, que necesariamente conduce al 13 ibídem, que desvirtúa toda forma de responsabilidad objetiva, y en efecto, conduce al dolo y a la culpa como generadores de la tipicidad de la conducta. (Huertas).

Sobre lo anterior, queda claro que el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 no describe conceptualmente el factor de la culpabilidad, contrario sensu establece una regla de prohibición (no puede haber responsabilidad objetiva) y determina los grados

que componen la misma, esto es, el dolo y la culpa.

En igual sentido lo sostiene Pedro Alonso Hernández al manifestar que:

En la investigación disciplinaria se exige además establecer la culpabilidad del servidor público porque las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa. En este sentido el artículo 13 del CDU señala que “En materia Disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa. (Hernandez, 2010)

Siguiendo esa misma línea siguió sosteniendo lo siguiente:

Esta es la fase restante de la investigación disciplinaria, en la cual se valora el carácter subjetivo de la responsabilidad del servidor público (la culpabilidad). Así que una vez probado que existió la conducta, que se incurrió en falta disciplinaria y que se afectó sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna, corresponderá determinar objetivamente si la conducta se cometió con dolo o con culpa del investigado. Si no se llevara a cabo esta comprobación, la investigación quedaría en el ámbito de la responsabilidad objetiva, que está expresamente proscrita en el ordenamiento jurídico nacional.

En resumen, la investigación disciplinaria debe abordar diferentes fases para concluir en la imposición de una sanción disciplinaria al servidor público investigado. Cada fase está diseñada con elementos propios que provienen tanto de principios constitucionales como de reglas previstas por el legislador.

El derecho al debido proceso exige que todos ellos sean tenidos en cuenta. Por ello, resulta oportuno preguntarse, entre otras cosas, por los fundamentos o por la legitimidad de las “conductas típicamente antijurídicas” con base en las cuales se ha adoptado en el país un buen número de decisiones en materia disciplinaria. (Hernandez, 2010)

Esiquio Sánchez, frente a la culpabilidad disciplinaria, plantea que ésta se hace recaer, por una parte, en el jui-

¹ Artículo 73 de la Ley 2094 de 2021.

cio de reproche que se presenta por la exigibilidad de comportamiento diverso en que podía y debía actuar el agente y, por otra, en la accesibilidad normativa que el disciplinado tenía al momento de cometer el hecho o la posibilidad de conocer la prohibición, y en el dolo y la culpa. Entran en consideración en esta temática los conceptos de conocimiento actual de la ilicitud, conocimiento potencial y conocimiento eventual. El actual es aquel que se requiere en el preciso momento de la comisión de la falta, el potencial hace referencia a la posibilidad de actualizar el conocimiento de lo ilícito cuando se comete la conducta infractora, y el eventual concierne a la cantidad de conocimiento; aquí entran en juego las llamadas dudas irresolubles. (Sanchez, 2012).

Por su parte Gómez Pavajeau indica lo siguiente: De manera contundente, la dogmática más moderna ha dicho que “la renuncia al psicologismo es inevitable si no se quiere convertir al derecho penal en un instrumento totalmente inefectivo o, subrepticamente, entregar la solución de la solución de los casos al factor intuitivo de la convicción judicial”; pues “no hace falta recurrir a complejos y sutiles fenómenos psicológicos sobre cuya realidad ni tan siquiera existe consenso en la comunidad científica y cuya constatación procesal resulta irrealizable”.

El dolo en nuestro medio se soporta en el examen psicológico que se efectúa sobre un resultado –querer el resultado-; por lo tanto, es un psicologismo anclado en el naturalismo, ajeno a la evolución de la teoría penal soportada en el normativismo.

Pero además, en el ámbito mismo del normativismo, en especial en aquel que construye el injusto a partir de la teoría de la norma objetiva de valoración, todavía la voluntad encuentra algún soporte; empero ya aquel no tiene la nota de esencialidad que lo caracterizaba en otras épocas, toda vez que, por ejemplo, en el dolo eventual, esta ha cedido terreno significativo, tal como se puede ver en el artículo 22 del Código Penal de 2000. (Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, 2017)

Por ello, en virtud del desarrollo jurisprudencial y a falta de dicho vacío normativo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (2015) estableció el contenido de los grados de culpabilidad

que son sancionables en materia disciplinaria, definiendo, para el caso de la culpa, incluido sus niveles (grave y gravísima) que esta tiene contenido propio en el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, mientras que el dolo debe ser analizado y observado desde lo preceptuado en el artículo 22 del Código Penal, en virtud de la remisión expresa del artículo 21 de la Ley 734 de 2002. Así lo dijo la alta corporación:

El Código Único Disciplinario en cuanto a la culpabilidad culposa estableció por vía de definición expresa los conceptos culpa gravísima y culpa grave, en el párrafo del artículo 44, bajo el siguiente tenor: Artículo 44. Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones: (...)

Parágrafo. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

El Código Único Disciplinario no contiene una definición en cuanto a la culpabilidad dolosa por lo cual debe acudir a la integración normativa en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario. Esto en la medida en que la definición de la culpabilidad dolosa debe atender, por razón del principio de legalidad el cual hace parte del derecho fundamental al debido proceso, a un concepto expresamente establecido por el legislador y sus elementos esenciales no pueden ser dejados al criterio del operador disciplinario.

En ese orden, dado que en los tratados internacionales sobre derechos humanos, los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ni el Código de Procedimiento Penal² existe una descripción normativa del dolo, es necesario acudir en el orden de precedencia señalado en el artículo 21 del Código Disciplinario Único, al Código Penal que en su artículo 22 trae una definición desde la cual debe partir el análisis para adaptar ese enunciado al derecho disciplinario.

En la doctrina disciplinaria, se ha hecho referencia a la noción del dolo, como elemento constitutivo que se cumple de la misma manera que en el ámbito penal, es decir, que cumpla con el elemento cognitivo y volitivo; ahora, entrando en la discusión sobre si el otro elemento de la voluntad es pertinente en materia disciplinaria, se desarrollan posiciones como la del Ministerio Público, quien resta importancia a este último. (Pavajeau, 2010)

En tal virtud, es a todas luces claro que la Ley 734 de 2002 no estableció concepto alguno para el dolo³, como nivel o grado de la culpabilidad, desde una perspectiva eminentemente dogmática disciplinaria, por lo que su análisis a la hora de realizar el juicio de culpabilidad debe basarse en la estipulación normativa contenida en el artículo 22 del Código Penal. Es decir, el legislador optó en cuanto al dolo por conservar mediante integración normativa el concepto que este tiene en el derecho penal. (2015) En ese orden de ideas, el fallador disciplinario al momento de analizar la culpabilidad dolosa en punto de la Ley 734 de 2002, debe necesariamente remitirse a lo establecido por el Código Penal² en su artículo 22, el cual consagra lo siguiente:

Código Penal. Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

De la norma anteriormente transcrita se avizoran dos conceptos relativos al dolo, a saber; por un lado, el conocimiento sobre los hechos constitutivos de la infracción y la voluntad dirigida hacia la infracción, que se recalca, deben ser analizados autónomamente ya acreditarse separadamente. Y, por otro lado, el llamado por la doctrina como dolo eventual (Sanchez B. F., 2002) en el cual intervienen el conocimiento de la infracción como probable y de ésta se deriva la voluntad del sujeto infractor en el evento de que la trasgresión legal ocurra. (2015)

El Consejo de Estado, concretamente en lo relativo al dolo, ha sostenido que en materia disciplinaria no existe una definición expresa de dicho concepto, no obstante, en virtud de la integración normativa remite al Código Penal, se infiere que este se identifica como el conocimiento del sujeto en rela-



ción a que los hechos son constitutivos de infracción o falta disciplinaria, y su voluntad en la ejecución de la conducta infractora, es decir, se consolida cuando se encuentran acreditadas estas dos circunstancias. En línea con lo anterior, se ha definido que el dolo está conformado: i) por el conocimiento de que los hechos son constitutivos de infracción disciplinaria y, ii) por la voluntad en la realización de la conducta. Por tanto, cuando estas dos circunstancias concurren, es dable afirmar que la conducta fue realizada a título de dolo. (2018)

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia T-319A de 2012 destacó algunas aproximaciones efectuadas por la doctrina autorizada en la materia, así: Tratándose del dolo en materia disciplinaria, se parte de una presunción, de estirpe constitucional, consagrada en el artículo 122 de la Carta, según la cual el funcionario, al momento de asumir sus funciones, se compromete solemnemente a cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos que rigen la función o el servicio que va a desempeñar. Eso significa que entiende el compromiso que adquiere y que se obliga, no solo a observar las normas, sino a tener conocimiento de ellas y de la manera en que deben aplicarse (...).

Por lo anterior se afirma que el servidor público soporta una carga mayor y superior en materia de responsabilidad y que para excusarse de cumplir con sus postulados, debe probar, de manera fehaciente, que ha sido contra su querer o ajena a su voluntad la actuación que vulnera el ordenamiento jurídico, o que su propósito fue diferente al conseguirlo, o que actuó suponiendo unos resultados, pero sobrevinieron unos diferentes.

Así las cosas, la Sala resolverá el caso concreto con fundamento en las siguientes premisas: i) El examen de la culpabilidad del servidor público investigado por la presunta comisión de una falta disciplinaria es un requisito indispensable para la imposición de la sanción; ii) Dicho examen implica verificar si, con su conducta, el investigado vulneró la garantía de función pública que activa la potestad disciplinaria del Estado; iii) La auto-

riedad disciplinaria cuenta con un amplio margen para determinar si la falta se cometió a título de dolo o culpa, dado el sistema de tipos abiertos y de “numerus apertus” que estableció el legislador en materia disciplinaria y; iv) El dolo se entiende configurado, en principio, cuando el disciplinable conoce la tipicidad de su conducta y, pese a ello, actúa en contra de sus deberes funcionales.

Ahora, esa conceptualización del dolo en materia disciplinaria amarrado normativamente a lo que sobre dicha institución jurídica se describe en materia penal, ha generado en el fallador disciplinario una serie de dificultades a la hora de diferenciar, en el análisis en punto de la responsabilidad, de los factores de ilicitud sustancial y culpabilidad por cuanto en muchos fallos disciplinarios el fallador deriva la prueba de la voluntad en la infracción disciplinaria, del simple conocimiento de que la conducta podría constituir una ilicitud sustancial; lo anterior, contraviniendo normas superiores en las cuales el acto en materia de culpabilidad debía fundarse, y trasplantando, sin reparar en la naturaleza del derecho disciplinario, en el cual las faltas a diferencia del derecho penal son por definición de contenido abierto.

Es por eso, que para el Consejo de Estado⁴ en materia de culpabilidad dolosa disciplinaria debe probarse de manera independiente tanto el conocimiento de que la conducta comporta una infracción disciplinaria como la voluntad en su realización; en punto del análisis de ese factor de responsabilidad disciplinaria en vigencia de la Ley 734 de 2002.

Una vez realizado un somero análisis legal y jurisprudencial sobre el dolo disciplinario en vigencia de la Ley 734 de 2002, (y en especial de la norma contentiva en el artículo 22 de Código Penal del 2000, que regula dicha institución en materia disciplinaria, por remisión expresa del 21 de la Ley 734 de 2002); se puede inferir que la noción de dolo establecida en el Código Penal puede aplicarse de manera taxativa en el derecho disciplinario, sin embargo, dicha afirmación resulta ser falaz. Pues bien, Gómez Pavajeau sobre este punto pone de

² Ley 906 de 2004.

³ La ley 734 de 2002 hace varias referencias al dolo y la conducta dolosa, por ejemplo, en los artículos 13; 38 numerales 1, 2 y 4; 44 numerales 1, 2 y 4; 48 numerales 1, 4 y 9; 50; 55; 61 y 63; pero no expresa una definición de esta forma de culpabilidad.

presente que las nociones de dolo y culpa de que da cuenta el derecho penal no pueden utilizarse por el derecho disciplinario, por cuanto en materia disciplinaria el resultado pasa a un segundo plano, no siendo el eje de construcción del reproche ético-jurídico, en la medida en que los referentes psíquicos no se edifican teniéndolo como soporte, puesto que rige en la configuración del ilícito la concepción de la norma como norma de determinación y, en consecuencia, su esencia es el desvalor de acción. (Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, 2017, pág. 554)

Para explicar dicho argumento, arguye lo siguiente: Pues bien, si ello es así en el derecho penal más moderno, síguese que en el contexto del derecho disciplinario el fenómeno tiene que acentuarse, habida cuenta de los tipos descriptivos de comportamientos punibles son de mera conducta, y no de resultado; el ilícito se construye sobre la base de la teoría de la norma subjetiva de determinación que prescinde en un todo del resultado, aun entendido en términos jurídicos, pues este es infracción de un deber y, para infringir un deber, basta que la persona conozca que está obligada ante un contexto situacional típico, tenga conciencia de su capacidad individual de acción y no realice el deber.

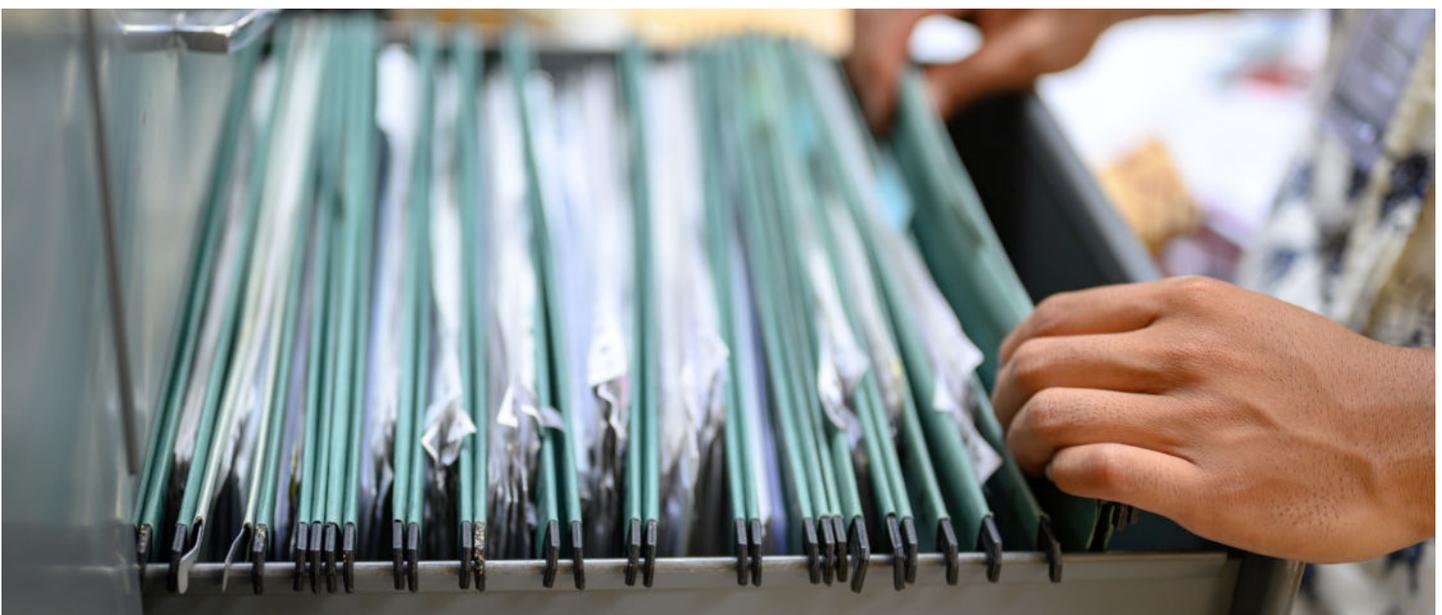
Así también es concebido el dolo disciplinario por Sánchez Herrera, quien manifiesta que para su configuración “los elementos fundamentales y sufi-

cientes son el conocimiento del hecho que se realiza y el conocimiento de la exigencia del deber”.

Como prueba irrefutable de que el resultado en términos generales no cumple ningún papel como referente psíquico del dolo y la culpa, en punto de la imputación subjetiva, se tiene el que ni la Ley 200 de 1995 ni la Ley 734 de 2002 consagraron la figura de la preterintencionalidad, la cual necesariamente y sin posibilidad alguna se funda en la presencia de un resultado (así los arts. 38 P.P. de 1980 y 24 C.P. de 2000). Las imputaciones a título de dolo y culpa son las únicas posibles en derecho disciplinario –arts. 14 y 13, respectivamente, de las leyes mencionadas-, pues son las únicas que se pueden construir y fundar sobre el conocimiento y la cognoscibilidad; pero además se pueden soportar sobre referentes psíquicos diferentes al resultado, no así la preterintencionalidad.

(...) Entonces, para que exista dolo basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido, y haya captado que le corresponde actuar conforme al deber. El conocer ya involucra el querer, pues si conozco y realizo la conducta es porque quiero, lo cual ha sido pregonado por Hruschka al sentenciar que “quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo”.

En fin, como concluye Jakobs, “no se puede formar ninguna imprudencia consciente (*luxuria*) con un aspecto



intelectual que sea idéntico al aspecto intelectual del dolo”; por tanto, la culpa se reduce a la culpa inconsciente; pues la culpa consciente ya es dolo. (Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, 2017, págs. 555-556).

Lo anterior, en punto del análisis del dolo en la Ley 734 de 2002. No obstante, todo lo antes referido, tal como se expuso en precedencia, con la entrada en vigencia del Nuevo Código General Disciplinario el legislador determinó la necesidad de establecer y redefinir la institución del dolo específicamente en materia disciplinaria; desligándose del concepto que sobre el mismo contiene el Código Penal y que en virtud de la remisión expresa del artículo 21 de la Ley 734 de 2002 era aplicado por el sancionador disciplinario.

En efecto, el Nuevo Código General Disciplinario consagra en el artículo 28 lo siguiente: Artículo 28. Dolo. Conducta es dolosa cuando sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización.

De la norma antes expuesta, tal como lo señala Gómez Pavajeau, se pueden señalar varios elementos estructurales que son los siguientes:

- a. El conocimiento de los hechos, que, por tratarse de un fenómeno psicológico, no puede ser otro que el conocimiento real o conocimiento actual. De no presentarse tal conocimiento, no habrá dolo, de tal manera que la más leve duda nos conducirá a la culpa, siempre y cuando esté referida a la culpa facti, pues ni el Código General Disciplinario ni el Código Penal han considerado la existencia de la culpa iuris; de allí que si la culpa se estructura sobre aspectos jurídicos, deberá quedar impune la conducta. La culpa iuris no se conoce en ningún ordenamiento jurídico disciplinario o penal;
- b. El conocimiento de la ilicitud, que, al ubicarse al lado del conocimiento de los hechos, se funda en el mismo nivel de reprochabilidad, la cual no es otra que la conciencia actual de la ilicitud, de lo que nos ocuparemos adelante, pero con los mismos problemas de construcción señalados para el conocimiento de los hechos. La prueba irrefutable de que se trabaja con conocimiento actual de la

ilicitud es que suprimió el literal i) del numeral 1 del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, el cual permitía la graduación entre conciencia actual y conciencia eventual de la ilicitud, no reproducido en el artículo 50 del Código General Disciplinario; y c. La voluntad de realización del tipo y de la ilicitud, regreso al dolus malus, por lo que, sin duda alguna, los errores –se consideren de tipo o de prohibición, de hecho o de derecho- si son vencibles solo podrán punirse por la vía de la existencia de la culpa facti, mas no de la culpa iuris. (Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, 2017, págs. 561-562) De los anteriores elementos estructurales se puede concluir que, con la nueva redacción del concepto de dolo, en los términos de Gómez Pavajeau, se ha producido una verdadera involución dogmática, puesto que con la misma se exige menos a los servidores públicos que a los particulares regidos por el Código Penal. Esta nueva redacción carga con las falencias de la teoría del dolo y el error del Código Penal de 1980, propias de las construcciones causalistas, de tal manera que habrá que desempolvar viejos cuestionamientos y aptitudes proclives a gravísimas lagunas de impunidad, aplicables a la nueva institución del dolo. (Pavajeau, Dogmática del Derecho Disciplinario, 2017, pág. 562)

No obstante, esta apreciación contrasta con la sostenida por el legislador quien sostiene que es mejor optar por un concepto no tan cerrado para que no se le imposibilite al funcionario valorar las diferentes modalidades en que se puede configurar este especial título de imputación subjetiva. (República de Colombia, Gaceta del Congreso, 10 de diciembre de 2014. Pág. 3).

Referencias

Consejo de Estado. Sentencia del 19 de febrero de 2015. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado: 20120078300.

Consejo de Estado. Auto del 17 de marzo de 2015. C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado: 20140379900.

Consejo de Estado. Sentencia del 19 de febrero de 2015. C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado: 20120078300.

Consejo de Estado. Sentencia del 7 de noviembre de 2018. C. P. William Hernández Gómez. Radicado: 20120033401.

Feijoo Sánchez, B. (Ed). (2002). El dolo eventual. Bogota: Centro de Investigación en Filosofía y Derecho (CIFD) de la Universidad Externado de Colombia.

Gómez Pavajeau, C. A. (2010). Dolo y mala fe. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/2777/2418>

7. Gómez Pavajeau, C. A. (Ed). (2014). Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

8. Gómez Pavajeau, C. A. (Ed). (2017). Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Hernández, P. A. (2010). La ilicitud sustancial es una categoría autónoma en el régimen disciplinario: Algo más que “conductas típicamente antijurídicas” de los servidores públicos. Pág. 32.

10Huertas Diaz, Luz Angela. La culpabilidad en materia disciplinaria desde el aspecto del dolo. Disponible en <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14312/1/La%20culpabilidad%20en%20materia%20disciplinaria%20desde%20el%20aspecto%20del%20dolo.pdf>

La carga dinámica de la prueba y
flexibilidad probatoria como
aplicación de la teoría de la
justicia de Rawls



La carga dinámica de la prueba y flexibilidad probatoria como aplicación de la teoría de la justicia de Rawls

Autor

Mauricio Andrés Pérez Caballero*

Resumen

El presente artículo aborda el sustento filosófico de las instituciones jurídicas correspondientes a la carga de la prueba y la flexibilidad probatoria, desde dos perspectivas contradictorias, el utilitarismo y la justicia distributiva, con el fin de definir cuál sustento se adecúa más al actual concepto de justicia. Basado en esto, incentivar un uso más recurrente de tales instituciones jurídicas.

Palabras clave: Teoría de la justicia, carga de la prueba, derecho probatorio, utilitarismo, justicia distributiva.

Abstract

This article addresses the philosophical support of legal institutions corresponding to the burden of proof and evidentiary flexibility, from two contradictory perspectives, utilitarianism and distributive justice, in order to define which support is more appropriate to the current concept of justice and based on this, encourage a more recurrent use of such legal institutions.

Keywords: Theory of justice, burden of proof, evidentiary law, utilitarianism, distributive justice.

El *onus probandi* corresponde a la expresión latina de la carga de la prueba, y desde el nacimiento del derecho se ha considerado que *affirmanti incumbit probatio*, esto es, que a quien afirma un hecho le corresponde probarlo. Bajo estas premisas se han desarrollado los procesos judiciales a lo largo de los siglos, y decidiendo así los procesos judiciales.

La consagración de tales premisas en el derecho escrito colombiano, la encontramos hoy en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual establece: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”¹.

Por otra parte, la evolución en el estudio del derecho probatorio, ha permitido decantar principios relacionados con la exclusión de la necesidad de la prueba para ciertos eventos, tales como las afirmaciones o las negaciones indefinidas, pues por su estructura lógica no cabe la actividad probatoria (los hechos notorios), pues se presume su certeza, y los indicadores económicos, al configurarse como un tipo más de hecho notorio².

La consecuencia de este planteamiento, conlleva a que quien no pruebe el hecho correspondiente al supuesto fáctico de la aplicación de una norma, no puede obtener el efecto jurídico que persigue de la misma. Lo anterior origina el nacimiento de conceptos tales como la condena penal, basada en pruebas que lleven la certeza más allá de la duda razonable, el indubio pro reo, la presunción de inocencia y la probabilidad prevalente.

Todo lo anterior no presenta mayores dificultades para la aplicación de la justicia y del derecho, sus bondades y beneficios prácticos son evidentes, la claridad de sus premisas, su aplicación generalizada, su capacidad de limitar a los falsos reclamantes y las facilidades que brinda a los jueces al momento de la toma de decisiones, bajo la certeza de lo probado en el transcurso de los juicios.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho Público de la misma universidad, especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, primer semestre del Doctorado de Derecho Público de la Universidad Santo Tomás, docente universitario de la Universidad del Trópico Americano. Actualmente juez tercero administrativo de Yopal.

Sin embargo, en el ejercicio de la práctica jurídica se hicieron evidentes las dificultades que la carga de la prueba conlleva, en situaciones donde la parte a la que le corresponde probar, no está en capacidad de hacerlo, sin que esto signifique que los hechos no existieron; se trata de situaciones en las cuales existe una debilidad manifiesta de la parte frente a la actividad probatoria, bien por su posibilidad de acceder a ella, por su capacidad técnica o de gestión, o por el estado de indefensión frente a su contraparte.

Esto originó el nacimiento jurisprudencial del concepto de carga dinámica de la prueba, para eventos en los cuales puede verse comprometido el goce efectivo de los derechos y los postulados constitucionales, y de esta manera trasladar la carga de la prueba a la parte que está en mejores condiciones para demostrar los eventos del litigio, ya sea por el alto nivel de tecnicidad o el estado de indefensión y vulnerabilidad de una de las partes.³

Pese a lo anterior, persisten situaciones en las cuales no es suficiente el desarrollo hasta ahora dado a la carga dinámica de la prueba; por un lado, no es claro el fundamento para afirmar: ¿por qué estoy obligado a probar dentro de un juicio, un supuesto de hecho que me perjudicaría? Por otra parte, el uso excepcional de esta regla, conlleva a que su utilización no sea recurrente por parte de los jueces. Y, por último, no resuelve el escenario dentro del cual no estamos ante quién es el responsable de probar, sino el escenario en el cual no hay prueba suficiente, tan sólo indicios de los hechos

que favorecen a la parte vulnerable dentro del proceso.

Motivo por el cual se plantea el siguiente problema: ¿es posible argumentar que profundizar la distribución dinámica de la carga de la prueba en los procesos judiciales, así como la flexibilización probatoria, corresponde a una de las formas de materializar el concepto de justicia?

Si tal cuestión se resuelve desde la concepción utilitarista de la justicia, lo más probable es que concluyamos que no, pero si la resolvemos desde el concepto de justicia distributiva de John Rawls, es posible que surjan los argumentos que permitan sostener su viabilidad, y es en este marco en el cual se desarrolla el presente trabajo.

Utilitarismo, justicia y actividad probatoria

Planteado el escenario con anterioridad, procederé a revisarlo desde las dos vertientes filosóficas del concepto de justicia enunciadas, la primera corresponde a la visión utilitaria de justicia.

Esta visión parte del concepto de utilitarismo de *Benjamín Bentham* (Bentham, 1781), según el cual bajo el principio de utilidad, se aprueban las acciones en la medida que aumentan la felicidad del grupo⁴. Esta felicidad la definen como placer y es utilizada como parámetro para medir la corrección de las medidas, en pa-

¹ Ley 1564 de 2012 Código General de Proceso Art. 167. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

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.

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.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

² Ley 1564 de 2012 Código General de Proceso Art. 180.

labras de John Stuart Mills: *El credo que acepta como fundamento de la utilidad moral o el mayor principio de felicidad, sostiene que las acciones son correctas en la medida en que tienden a promover la felicidad, malas si tienden a producir lo contrario de felicidad. Por felicidad se entiende el placer y la ausencia de dolor, la infelicidad, el dolor y la privación del placer* (Mill, 1891).

Así las cosas, lo justo visto bajo la óptica del principio de utilidad, corresponde a lo que aumenta la felicidad del grupo y para identificar la felicidad del grupo, debemos recurrir exclusivamente a criterios de cantidad o criterios matemáticos, de modo tal que la felicidad del grupo va a corresponder exclusivamente con la felicidad de la mayor cantidad de los miembros del grupo⁵.

Ahora, cada miembro del grupo va a actuar en la búsqueda de esa felicidad y la moral como criterio para juzgar su conducta, va a estar asociada exclusivamente a la búsqueda de esa felicidad, sin embargo, el límite en la utilización de los medios para alcanzar la felici-

dad se encontrará en el interés general⁶ (Mill, 1891).

De acuerdo con lo anterior, la carga de la actividad probatoria le corresponde a cada una de las partes dentro de los procesos judiciales, en procura de su propia felicidad, y como medida estatal que satisface a la mayoría de los miembros del grupo, pues facilita la administración de justicia, limita a los agentes que con engaños pretenden beneficiarse en los procesos judiciales, y lleva a la certeza, afirmaciones o apreciaciones que podrían quedar en el plano de la subjetividad.

Dicha actividad probatoria supone una carga a quien alega estos hechos, pero es congruente con el estándar aceptable racional que rige el plano personal; esto es asumir ciertos sacrificios por beneficios posteriores.

Pese a los beneficios que el *onus probandi* y el sustento utilitario que aporta al ejercicio del derecho, situaciones como las definidas para la carga dinámica de la prueba, no encuentran justificación dentro de estas teorías,



³ Sentencia T-074/18. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez. “Dicho de otro modo, este Tribunal ha sostenido que el principio “onus probandi” admite excepciones cuando la demostración de las premisas fácticas impone una carga probatoria a la parte demandante capaz de comprometer el goce efectivo de los derechos y los postulados constitucionales. Lo anterior significa que, demostrada la existencia de un trato irrazonable e incompatible con la Constitución, el juez está facultado para trasladar la carga de la prueba a la persona que está en mejores condiciones para demostrar los eventos alegados, ya sea por el alto nivel de tecnicidad, la complejidad del asunto debatido o el estado de indefensión y vulnerabilidad de la parte.”

pues estamos ante la inversión de la carga probatoria, lo que implica el despliegue de actividades en contra de la propia felicidad, esto es, probar lo que me perjudica. Adicionalmente, se convierte en una excepción a la generalidad, no en consideración de la mayoría del grupo, sino en atención a un grupo minoritario y vulnerable.

Por las anteriores razones señaladas se descarta el utilitarismo como sustento de la acentuación de la carga dinámica de la prueba y procederé al estudio de la teoría de la justicia distributiva de John Rawls

Justicia distributiva y actividad probatoria

Con el fin de superar la posición teleológica del utilitarismo, se plantea la teoría de la justicia de John Rawls, la cual parte del contractualismo pero plantea una hipotética posición original bajo un velo de ignorancia para la determinación de los principios de justicia y bienes primarios.

Con este velo de ignorancia, nadie sabe su posición en la sociedad, nadie conoce su sexo, raza, credo, estatus social, ingresos, inteligencia o capacidad, y en este estado se escogen los principios de justicia, de forma tal que no exista ventaja o desventaja al momento de esa elección a través de un acuerdo justo, partiendo de la capacidad de sentido de justicia de estos electores, razón por la cual esos acuerdos fundamentales se consideran justos (Rawls, 1971).

De ese ejercicio hipotético se extraen igualmente los bienes primarios, descritos como mínimos deseables por todas las personas, estos son: derechos

y libertades civiles, derechos y libertades políticas, igualdad de oportunidad en el acceso a cargos y funciones, renta mínima para la existencia material, capacidad de incrementar el patrimonio y la riqueza y las condiciones sociales para el auto respeto.

Ahora, con el fin de desarrollar el presente trabajo, primero enmarcaré la actividad probatoria, dentro de alguno de los bienes primarios y posteriormente, identificaré los principios de justicia, mostrando cuál sería su aplicación dentro del tema que nos ocupa.

De los bienes primarios identificados por Rawls, el bien primario correspondiente a las condiciones sociales para el auto respeto, ocupa una parte importante de su trabajo y es el bien primario mediante el cual se puede identificar la actividad probatoria dentro de los procesos judiciales.

Para Rawls: *La base de la autoestimación, en una sociedad justa, no es, por tanto, la parte de beneficios que corresponda al individuo, sino la distribución públicamente confirmada de derechos y libertades fundamentales. Y, al ser igual esta distribución, todos tienen una posición similar y segura cuando se reúnen para regir los asuntos comunes de la sociedad en general (Rawls, 1971), tener esa posición igual y segura garantizada por las instituciones permiten el mantenimiento del equilibrio político y la garantía de los ciudadanos por sus propios merecimientos, de tal forma que mientras las diferencias sociales y económicas no generan conflicto, las injusticias surgidas de la desigualdad política y civil, así como de la discriminación cultural y étnica, no son fáciles de aceptar.*

⁴ Bentham, J. (1781). Una introducción a los principios de la moral y la legislación. Disponible en <https://dokumen.tips/documents/bentham-j-introduccion-a-los-principios-de-la-moral-y-la-legislacion-capitulo.html>: El principio de utilidad es la fundación del presente trabajo. Por lo tanto, será propicio para el comienzo justificar explícita y concretamente lo que queremos decir con ello. Por principio de utilidad se entiende aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción de acuerdo a la tendencia que parece tener para aumentar o disminuir la felicidad del grupo cuyo interés está en cuestión; o, lo que es lo mismo en otras palabras, para promover u oponer esta felicidad. Digo cualquier acción, y por tanto, no sólo toda acción individual, sino también de cada medida de gobierno.

⁵ *ibid.* El interés de la comunidad es una de las expresiones generales que pueden ocurrir en la fraseología de las morales, sin importar que el significado habitualmente se pierda. Cuando tiene un significado, es esto. La comunidad es un cuerpo ficticio, compuesto de personas individuales que son consideradas tan importantes como si fueran sus miembros. El interés de la comunidad, entonces, ¿cuál es? –La suma de los intereses de varios miembros que la componen.

⁶ Mill, J. (1891). El utilitarismo. Disponible en <https://doi.org/10.34720/30m0-cs66>. El Derecho que todo el mundo tiene a la felicidad implica, según los moralistas y legisladores, un derecho igual a todos los medios para alcanzar la felicidad, a menos que las condiciones inevitables de la vida humana y el interés general, en el cual está comprendido el interés del individuo, pongan límites a esta máxima

Así las cosas, las instituciones deben confirmar y garantizar públicamente, la distribución de derechos y libertades fundamentales y pueden existir diferencias, pero no al grado que lesione la posibilidad de conseguir los bienes primarios, dentro de los cuales se encuentra, el acceso a la administración de justicia, y como parte inescindible de ella, la posibilidad del ejercicio efectivo de la actividad probatoria.

A continuación, identificaré los principios de justicia en la teoría de la justicia de John Rawls y evidenciaré su aplicación dentro del ejercicio de la carga de la prueba.

Respecto a los principios, Rawls establece:

Primer principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos.

Segundo principio: Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:

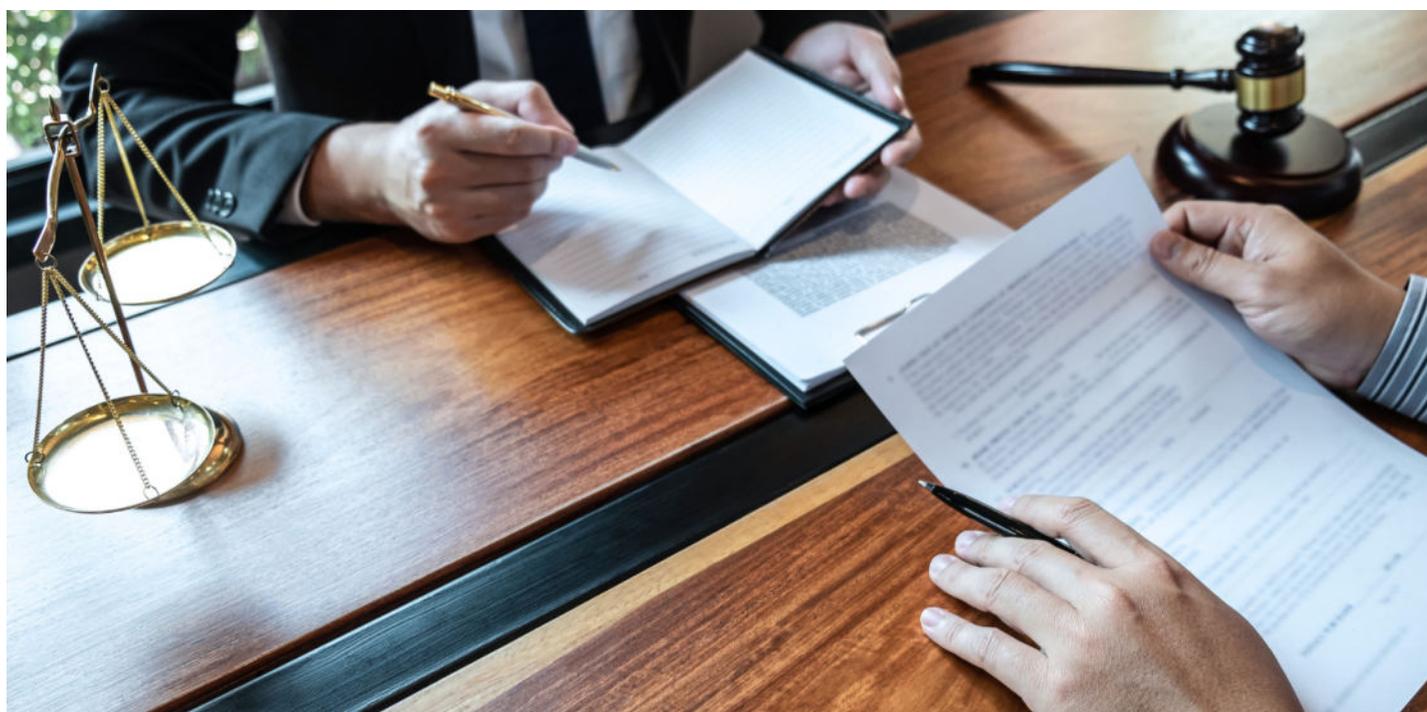
- a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo.
- b) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades. (Rawls, 1971)

De estos principios y como sustento a la carga dinámica de la prueba, se resalta la igualdad en el catálogo de derechos de cada persona, y el mayor beneficio de los menos aventajados en las desigualdades económicas y sociales.

Ahora respecto a la justicia distributiva, la visión de Rawls no corresponde con la repartición de los bienes dentro de la sociedad, sino con el establecimiento de instituciones político-legales justas que se encarguen de la distribución⁷, y es aquí donde encaja la carga dinámica de la prueba, pues es a la administración de justicia a quien le corresponde distribuir de manera justa las actividades probatorias; es bajo este ejercicio que se puede dar aplicación a los principios de justicia.

Como complemento a los principios, Rawls establece las normas de prioridad, primero por la libertad y segundo por la justicia sobre la eficiencia y el bienestar. Respecto a esta última, la justicia debe primar frente a la eficiencia y a la maximización de la suma de ventajas y una desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos. (Rawls, 1971)

Así las cosas, invertir la carga de la prueba corresponde a una desigualdad para la parte a quien se le asigne dicha carga, pero esta desigualdad está jus-



tificada en la posibilidad de aumentar las oportunidades de la parte vulnerable en el proceso.

Lo anterior lo reafirma Rawls en la siguiente cita: Concepción general. Todos los bienes sociales primarios —libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases de respeto mutuo—, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados. (Rawls, 1971)

Conclusiones

Si bien la teoría utilitaria de la justicia sirve de sustento para el onus probandi, son el estándar común en la aplicación del derecho y facilitan la actividad del juez en el desarrollo de los juicios, es insuficiente para el acceso a la justicia de poblaciones vulnerables en situaciones de dificultad probatoria.

Por otra parte, es posible concluir que desde la justicia distributiva de John Rawls, acentuar la carga dinámica de la prueba, es viable, siempre y cuando sea a favor de grupos vulnerables social y jurídicamente. Dicha afirmación se sustenta en lo siguiente:

- La carga dinámica de la prueba puede enmarcarse dentro del concepto de bienes sociales primarios, más específicamente dentro del bien social primario de las condiciones sociales para el auto respeto.
- La justificación de la variación en la distribución del bien primario dentro del cual se encuentra la carga de la prueba, está en el beneficio a la población vulnerable.

- Y, por último, acentuar la aplicación de la carga dinámica de la prueba, es correspondiente con el principio de la diferencia de Rawls, según el cual la desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos.

Por estas razones, es procedente hacer un llamado a los jueces para acentuar la utilización de la carga dinámica de la prueba, en los eventos donde la vulnerabilidad de una de las partes sea evidente.

También es posible concluir que existe la obligación de la parte dominante de aportar las pruebas que el juez le exija, a favor de la parte vulnerable dentro del proceso, pues bajo el velo de la ignorancia, esta parte dominante debió aceptar los principios de justicia y determinación de bienes primarios en que se sustenta la carga dinámica de la prueba. Una vez quitado este velo, no puede sustraerse de su deber, en palabras de Rawls: En conclusión, pues, una sociedad bien ordenada afirma la autonomía de las personas y estimula la objetividad de sus juicios considerados de la justicia. Todas las dudas que sus miembros puedan tener acerca de la rectitud de sus sentimientos morales cuando reflexionan sobre la forma en que se adoptaron estas disposiciones, pueden disiparse al ver que sus convicciones se ajustan a los principios que se elegirían en la situación original o, si no se ajustan, al revisar sus juicios para que se ajusten. (Rawls, 1971)

Por último, debe darse un mayor valor o peso probatorio a los indicios, en los eventos en que estos favorezcan a la parte vulnerable del proceso, atendiendo el principio de la diferencia de Rawls, pues se aumentaría la oportunidad de obtener justicia, a aquellos que tienen menos oportunidad de alcanzarla, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en fallos recientes relacionados con los casos denominados como “falsos positivos”⁸

⁷ Rawls, J. (1971). Teoría de la Justicia. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press. El principal problema de la justicia distributiva es la elección de un sistema social. Los principios de la justicia se aplican a la estructura básica y regulan cómo sus principales instituciones se combinan en un esquema. Ahora bien, como hemos visto, la idea de la justicia como imparcialidad usa la noción de justicia puramente procesal para tratar las contingencias de situaciones particulares. El sistema social ha de estructurarse de manera que la distribución resultante sea justa ocurra lo que ocurra. Para alcanzar este fin, es necesario establecer el proceso económico y social en el medio de unas apropiadas instituciones políticas legales. Sin la estructuración adecuada de estas instituciones fundamentales, el resultado del proceso distributivo no será justo, por falta de una imparcialidad básica.

⁸ Sentencia SU-060/21 M.P: José Fernando Reyes Cuartas
Sentencia SU-035/18 M.P: José Fernando Reyes Cuartas

Referencias

Bentham, J. (1781). *Una introducción a los principios de la moral y la legislación*. disponible en <https://dokumen.tips/documents/bentham-j-introduccion-a-los-principios-de-la-moral-y-la-legislacion-capitulo.html>.

Mill, J. (1891). *El utilitarismo*. Disponible en <https://doi.org/10.34720/30m0-cs66>.

Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.



REVISTA DE DERECHO PÚBLICO DEL DISTRITO JUDICIAL ADMINISTRATIVO DEL META

NOTA DE LA EDITORA

Revista de Derecho Público del Distrito Judicial Administrativo del Meta, es un proyecto de iniciativa de sus integrantes a título personal. Fue financiada exclusivamente con recursos particulares y no fue utilizado ningún tipo de recurso público para su diseño e impresión.

La opinión de los autores es personal y no compromete su responsabilidad institucional. Tampoco constituye la opinión ni la postura oficial de los operadores judiciales del Distrito Judicial del Meta.

