

CARLOS  
SOLARTE PORTILLA  
Rector Universidad de Nariño

MARTHA SOFÍA  
GONZÁLES INSUASTY  
Vicerrectora Académica

PEDRO PABLO  
SANTACRÚZ GUERRERO  
Vicerrector de Investigaciones,  
Postgrados y Relaciones Internacionales

DIRECTOR - EDITOR  
LEONARDO A.  
ENRÍQUEZ MARTÍNEZ  
Decano de la Facultad de Derecho y  
Ciencias Políticas

DIRECTORA GRUPO DEJURE  
Derecho, Justicia y Región

AURA ISABEL  
GOYES MORENO  
Doctora en Ciencias de la Educación  
Universidad de Nariño- RudeColombia.  
Magister en Derecho Universidad  
Nacional, Magister en Dirección  
universitaria Universidad de Los Andes,  
Magister en Educación Universidad  
Pedagógica Nacional. Abogada y docente  
de tiempo completo de la Universidad de  
Nariño.

DIRECTOR GRUPO CEJA  
Centro de Estudios Jurídicos Avanzados

OMAR ALFONSO CÁRDENAS  
CAYCEDO  
Magíster en Derecho Comercial y  
Especialista en Derecho Procesal Civil de  
la Universidad Externado de Colombia  
Docente de la Universidad de Nariño

COMITÉ EDITORIAL  
MIEMBROS EXTERNOS:

EDGAR IVÁN  
LEÓN ROBAYO  
Magister en Derecho Comercial de la  
Universidad Externado. Doctor en  
Derecho Universidad Alfonso X el Sabio.  
Docente de la facultad de Jurisprudencia  
del Colegio Mayor Nuestra Señora del  
Rosario.

DIEGO ARMANDO  
YAÑEZ MEZA ABOGADO  
Investigador, docente universitario en  
pregrado y posgrado, litigante en materia  
de derecho administrativo y  
constitucional. Director de la Revista  
Academia & Derecho, indexada por  
Colciencias. Miembro activo del Instituto  
Colombiano de Derecho Procesal ICDP y  
el Centro Colombiano de Derecho  
Procesal Constitucional CCDPC.

GABRIELA  
PRADO PRADO.  
Profesora de Derecho Económico de la  
Universidad de Atacama, experta en  
integración europea. Doctora en Derecho  
de la Universidad de Salamanca.

GAMAL MOHAMMANT  
ATSHAN RUBIANO  
Candidato a Doctor en Derecho de la  
Universidad Nacional de Colombia,  
Magister en Derecho Universidad  
Nacional de Colombia, Especialista en  
Derecho Financiero, Cambiario y Bursátil;  
Derecho Procesal y Derecho Probatorio de  
la Universidad Colegio Mayor de Nuestra  
Señora del Rosario, Especialista en  
Derecho Comercial de la Universidad de  
los Andes.

## MIEMBROS INTERNOS

JUAN CARLOS  
LAGOS MORA

Doctor en Ciencias de la Educación.  
Docente de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Nariño

MANUEL ANTONIO  
CORAL PABÓN

Magíster en Derecho y candidato a Doctor  
en Derecho de la U. Santo Tomás. Docente  
de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Nariño

DIRECTOR GRUPO CEJA  
Centro de Estudios Jurídicos Avanzados

OMAR ALFONSO  
CÁRDENAS CAYCEDO

Magíster en Derecho Comercial de la U.  
Externado de Colombia. Docente de la  
Universidad de Nariño

## COMITÉ CIENTÍFICO MIEMBROS EXTERNOS

GUSTAVO  
GARCÍA BRITO

Director del área de comercio exterior del  
Bufete CorralRosales y Docente de la  
Universidad Andina Simón Bolívar en  
Quito, Ecuador. Magíster en Derecho  
Internacional Económico de la U. Andina  
Simón Bolívar. Ex secretario del Tribunal  
de Justicia de la Comunidad Andina.

TERESA  
REYES ASPILLAGA

Título Profesional de Abogado, otorgado  
por la Iltma. Corte Suprema. Magíster en

Investigación en Educación por la  
Universidad Autónoma de Barcelona.

ROBERTO  
MOLINA PALACIOS

Docente de la Universidad Nacional de  
Colombia. Magíster en Derecho de la U.  
Externado de Colombia

ALEXANDER  
SÁNCHEZ PÉREZ

Magistrado Auxiliar del Consejo de  
Estado, Docente de la Universidad  
Externado de Colombia. Doctor en  
Derecho Público de la Universidad Paris  
II.

## MONITORA

MARIA FERNANDA  
JOSA VALENZUELA

Estudiante de la Facultad de Derecho  
Universidad de Nariño

## FILIACIÓN INSTITUCIONAL

Universidad de Nariño  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Calle 18 Cr. 50. Ciudadela universitaria  
Torobajo, Bloque D, Facultad de  
Derecho. <http://derecho.udenar.edu.co>  
email: [derecho@udenar.edu.co](mailto:derecho@udenar.edu.co)  
Página web revista:  
<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>  
ex email revista: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)  
Telefax: (+57) (2) 7315438  
Vol. 4 N° 6. Año 2018

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS GRUPO DE INVESTIGACIÓN  
CEJA

CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS AVANZADOS  
UNIVERSIDAD DE NARIÑO

DEFINICIÓN DE LA REVISTA

La revista científica CODEX de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, es un medio de divulgación del conocimiento, la investigación, la proyección social y el saber jurídico y socio jurídico. Su objetivo esencial es la publicación de resultados de investigación, generando espacios de debate con un enfoque crítico social sobre temas de relevancia jurídica.

La revista se publica con una periodicidad declarada SEMESTRAL, con artículos presentados en español, inglés y francés. La revista CODEX se divulgará en físico y en versión electrónica.

ISSN: 2463 - 1558  
ISSN-E: 2463 - 2031

Lugar de edición: San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

ENTIDAD EDITORA

Universidad de Nariño – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Grupo CEJA- Centro de Estudios Jurídicos Avanzados

Página web: [www.udenar.edu.co](http://www.udenar.edu.co)  
[Derecho.udenar.edu.co](http://Derecho.udenar.edu.co)

VERSIÓN ELECTRÓNICA

<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>

DIRECCIÓN POSTAL Y CORREO ELECTRÓNICO

Calle 18 Carrera 50, Universidad de Nariño, Ciudadela Universitaria Torobajo, Bloque D, Facultad de Derecho, de la ciudad de San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, República de Colombia.

Correo electrónico:  
[rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co)

Nota sobre las direcciones: La dirección postal y el correo electrónico corresponden al contacto de la administración de la revista, pudiendo dirigirse a éstas para efectos de solicitud de suscripciones, canjes, envío de trabajos, acciones de seguimiento, entre otras.

SISTEMA DE ARBITRAJE.

Los artículos se someten al proceso de arbitraje con dos pares externos a la entidad editora, bajo el sistema de doble ciego. Los árbitros otorgan calificación numérica a los ítems exigidos y clasifican los más altos puntajes. Posteriormente el Comité Editorial revisa la calidad científica, la pertinencia del artículo y selecciona los artículos a publicar. El procedimiento se explica en el instructivo para autores.

BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES

La revista CODEX acoge los estándares internacionalmente aceptados en materia de publicación científica. Por lo tanto, la revista CODEX adopta en su proceso las directrices fijadas en la 2nd World Conference on Research Integrity realizada en Singapur, en julio de 2010. En consecuencia recomienda a los autores su

revisión. Las directrices pueden consultarse en:

[http://publicationethics.org/files/International%20standard\\_editors\\_for%20website\\_11\\_Nov\\_2011.pdf](http://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf)

#### CANJE/EXCHANGE/ÉCHANGE

Solicitamos canje. We request Exchange.  
Nous sollicitons échange. Email: [rcodex@udenar.edu.co](mailto:rcodex@udenar.edu.co) y en la dirección postal.

## CONTENIDO

Editorial.....	2
Aproximación teórica – práctica de las paradojas del proceso de paz en el contexto de la comunidad indígena Barí de Norte de Santander .....	4
Carlos Alfredo Pérez Fuentes .....	4
<u>La Responsabilidad Del Estado Colombiano Frente A La Garantía De Los Servicios De Salud A Niños Y Niñas Migrantes Irregulares En El Territorio Nacional .....</u>	<u>30</u>
Darwin Clavijo Cáceres, Xiomara Muñoz Pava, Nora Pava Parada .....	30
La Dimensión Comunitaria Del Juez Interno En Colombia: Aplicación Local Del Derecho Comunitario Andino. ....	84
Omar Alfonso Cárdenas Caycedo.....	84
El Ministerio Público En El Sistema Penal Acusatorio Colombiano .....	106
Camilo Ernesto Espinel Rico .....	106
Dictamen Pericial En Abuso A Menor De 14 Años .....	166
Johnny Marco Guevara Ortiz.....	166

## EDITORIAL

Para mediados del siglo pasado, entre los años 1954 y 1974 el desarrollo del pensamiento jurídico en el mundo y Colombia fue importante y la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, no fue la excepción, pues fue escenario privilegiado del debate académico y la deliberación política de líderes docentes y estudiantiles que se atrevieron a desafiar un orden y una tradición centenaria para abrir los caminos de la modernidad y autonomía.

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas cuna de grandes maestros, fue el lugar para que el Maestro Eduardo Alvarado Hurtado, doctor en derecho, irrefutable en el debate, crítico y reflexivo, contribuya a la construcción del pensamiento jurídico nariñense.

Este destacado jurista nariñense se identificó con las corrientes demo liberales del derecho penal y el garantismo, exigía de los futuros abogados el estudio juicioso de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina internacional y nacional, sus referencias a los grandes tratadistas italianos, franceses y alemanes, y las continuas citas de casos cotidianos, lo que imprimían a su cátedra altura intelectual y realismo jurídico.

Su desempeño en el ámbito de la vida pública es amplio y fructífero, en la rama judicial ocupó la dignidad de juez y magistrado del tribunal superior del distrito judicial de Pasto, en el año 1964, fue elegido congresista en la cámara de representantes por el partido liberal, entre los años 1973 y 1974, fue Rector de la Universidad de Nariño, rectorado de corte democrático que impulso proyectos de cambio en el desarrollo de la alma mater.

El profesor Eduardo Alvarado Hurtado hizo grandes aportes jurídicos, políticos y sociales a la Universidad de Nariño, y especialmente a la juventud que por cuatro décadas asistieron a sus clases; su visión liberal de la persona humana y su comprensión material del mundo social, marcaron una etapa sin retorno respecto al compromiso con la democracia, la igualdad y la libertad por ello con gran satisfacción su retrato engalana la portada de nuestra revista en esta edición.

En razón de lo anterior la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, rinde homenaje al gran jurista Alvarado Hurtado uno de los iconos del pensamiento liberal y excelso penalista de

la región, protagonista de la historia local, pues su vida y obra marcaron sin duda, una época de oro en la vida de nuestra centenaria casa de estudios.

**CRISTHIAN ALEXANDER PERERIA OTERO**

Docente Tiempo Completo - Director CIESJU

Centro de Investigaciones y Estudios Socio jurídicos

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Nariño

Aproximación teórica – práctica de las paradojas del proceso de paz en el contexto de la comunidad indígena Barí de Norte de Santander

Carlos Alfredo Pérez Fuentes<sup>1</sup>

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2018

Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2018

Referencia: PÉREZ FUENTES, *Carlos Alfredo*. (2018). *Aproximación teórica – práctica de las paradojas del proceso de paz en el contexto de la comunidad indígena Barí de Norte de Santander*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm 6. isponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

### **Resumen**

El presente artículo tiene como finalidad presentar una aproximación teórico- práctica frente a lo expuesto por la tesis de las “paradojas del proceso de paz” expuesta por el Dr. Vela en el contexto de las vivencias de la comunidad indígena Barí de Norte de Santander en el marco del conflicto armado y que se desarrolla bajo el estadio teórico del Derecho Internacional Clásico y el Contemporáneo.

Este estudio fue realizado bajo el paradigma histórico hermenéutico que permite comprender la historia vivida por las personas en su realidad concreta bajo un enfoque cualitativo y un diseño documental que permitió analizar la documentación expuesta sobre las paradojas de la paz y contrastarla con la realidad que los indígenas Barí han vivido a lo largo de su historia.

Como resultados de esta investigación se puede observar que la población indígena mencionada se encuentra en un íntimo contraste teórico- práctico debido a que el proceso de transición Derecho Internacional que se demuestra en el declive de la soberanía estatal, la internalización de los derechos humanos, la internacionalización de la economía de mercados,

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta, Maestrando en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Externado de Colombia, Joven Investigador del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (COLCIENCIAS), litigante en asuntos de Derecho Empresarial. Este artículo de reflexión no ha sido presentado en ponencia, ni publicado con anterioridad. Correo electrónico: [abog.carlosperez@gmail.com](mailto:abog.carlosperez@gmail.com)



la degradación del conflicto armado y los nuevos actores responsables en el conflicto han afectado a estas comunidades en el país.

### **Palabras claves**

Paz, conflicto armado, posconflicto, derechos humanos, indígenas.

### **Abstract**

The purpose of this article is to present a theoretical-practical approach to what is stated by the thesis of the "paradoxes of the peace process" exposed by Dr. Vela in the context of the experiences of the Barí de Norte de Santander indigenous community in the framework of the armed conflict and that develops under the theoretical stage of the Classic and Contemporary International Law.

This study was conducted under the hermeneutical historical paradigm that allows to understand the history lived by people in their concrete reality under a qualitative approach and a documentary design that allowed to analyze the exposed documentation on the paradoxes of peace and contrast it with the reality that the indigenous Barí have lived throughout its history.

As a result of this investigation, it can be observed that the aforementioned indigenous population is in an intimate theoretical-practical contrast due to the transition process of International Law that is demonstrated in the decline of state sovereignty, the internalization of human rights, The internationalization of the market economy, the degradation of the armed conflict and the new actors responsible for the conflict have affected these communities in the country.

### **Key words**

Peace, armed conflict, post-conflict, human rights, indigenous.

## **1. INTRODUCCIÓN**

En la teoría de los Estados estos nacen con la finalidad de procurar la paz entre los ciudadanos mediante tratados internacionales en los que la guerra se concebía como una constante por las estrategias de dominación. De esta forma, en la línea del Derecho Internacional Clásico las relaciones eran fundadas en la libre determinación, la revolución industrial, la dominación y la pacificación interna de la población mediante la monopolización de la fuerza estatal legítima; no obstante, ello dio origen a lamentables catástrofes a nivel mundial por lo que la comunidad internacional proscribió la guerra y a su vez, materializó las

ideas de la ilustración sobre los derechos humanos, la liberación del mercado y la seguridad internacional.

Desde este punto, las paradojas de la paz planteadas por el profesor Vela Orbegozo se relacionan con la dificultad de materializar los acuerdos de paz debido a que el contexto socioeconómico del Estado contemporáneo impide realizar un avance significativo en estas materias. Entre los puntos paradójicos que impiden estos avances se encuentran el declive de la soberanía estatal, la internalización de los derechos humanos, la internacionalización de la economía de mercados, la degradación del conflicto armado y los nuevos actores responsables en el conflicto.

Finalmente, las comunidades indígenas han vivido la transición del Derecho Internacional Clásico al Contemporáneo del Estado colombiano, por lo que realizando un análisis documental aproximado de la situación histórica de lo que los indígenas Barí han vivido se pretendió contrastar este punto con las paradojas que dificultan la implementación del proceso de paz en el país.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En aras de comprender la situación sociohistórica en la cual se encuentran las comunidades indígenas en el país a la luz de componente teórico de las “paradojas de la paz” expuesto por el Dr. Vela Orbegozo surge la pregunta de investigación: ¿Qué relación teórico- práctica guarda la tesis de “las paradojas de paz” del Dr. Vela Orbegozo con la situación sociohistórica de la comunidad indígena Barí de Norte de Santander?

Con el ánimo de responder a este cuestionamiento, este análisis se estructurará de la siguiente forma: **1)** Análisis introductorio de la teoría del Estado, **2)** Identificación de la tesis de las paradojas del proceso de paz en Vela Orbegozo, **3)** Análisis de la situación de la comunidad indígena Barí de Norte de Santander en relación con su cultura y el conflicto armado, **4)** Contrastación teórico - práctica de las paradojas en relación con los Barí, **5)** Conclusiones, **6)** Referencias bibliográficas.

## **3. DESARROLLO**

### **3.1. Análisis introductorio de la teoría de los Estados**

A manera de introducción en la comprensión de la teoría de los Estado, Vela (2012) comprende que el sistema de Estado nace en la sociedad europea que vive la paz a través de

los tratados. De esta forma, la guerra se concibe como una constante en la historia de la humanidad en donde la libre determinación de los Estados y el logro del orden universal basado en principios pretende proteger a los individuos.

En este punto, los Estados se establecen cuando monopolizan la fuerza legítima, imponiendo su dominio a través de una pacificación interna que se denomina *dominación legítima*, en el contexto colombiano a través de la guerra. (Vela, 2012)

Para el autor en comento, el Derecho Internacional se encuentra ligado con la realidad del proceso de formación de los Estado, para lo cual divide en dos grandes etapas: un *derecho internacional clásico* que se caracteriza por ser una sociedad europea fundada en: “las nuevas relaciones políticas y económicas, fundadas en las comunicaciones, en la revolución industrial, en la guerra y en la dominación” (p. 31) concebida como una sociedad internacional e interdependiente que fundamentó la hegemonía europea hasta la segunda guerra mundial y un *derecho internacional contemporáneo* naciente de las ideas de la ilustración en relación con las catástrofes originadas por las guerras mundiales y el pensamiento político reinante durante el derecho internacional anterior. Este último derecho por contener normas tendientes a la regularización del mercado, el sistema de seguridad internacional y el sistema internacional de derechos humanos (Vela, p. 40, 2012). Comprende el autor que: “el proceso de internacionalización que se manifiesta en una merma de la soberanía estatal” (p. 41). En este contexto, las dinámicas de la globalización dieron origen a la transformación de la visión de Estado como único sujeto del derecho internacional, la internacionalización del mercado en términos de productividad de empresas internacionales que se relacionan con las normas estatales y finalmente, la búsqueda de la protección de los derechos humanos como parámetros de actuar de los Estados. (Vela, p. 44, 2012)

Conforme a lo anteriormente mencionado, el derecho internacional clásico se desarrolla en un contexto en donde los derechos humanos, la seguridad internacional y la regulación del mercado no se encontraba ejerciendo un control sobre las acciones que los Estados realizaban en ejercicio de su soberanía.

### **3.2. Identificación de la tesis de las paradojas del proceso de paz en Vela Orbegozo.**

En Vela (2015) los procesos de negociación de paz se analizan a través de las dimensiones del derecho de validez, eficacia y legitimidad de los ordenamientos jurídicos. Es por ello, que para el autor resulta necesario estudiar la legitimación de los diálogos de paz suscritos y la

búsqueda de la efectividad de los compromisos adquiridos en un contexto de globalización para el desarrollo del Estado colombiano.

En este sentido, comprende que el concepto de paz no puede ser visto como el mero acuerdo entre los actores del conflicto sino en la construcción social de una sociedad más equitativa e incluyente, aunque en un contexto como el colombiano dicho propósito sea más complejo debido a que la globalización ha generado un proceso de internación de conceptos tales como el respeto por los derechos humanos.

De aquí que la búsqueda de la paz a través la legitimidad por razones éticas se haya convertido para el Estado en un dilema debido a que el modus operandi histórico de tratamiento fue pragmáticamente ligado a la violencia. Dicha violencia ha generado procesos sociales que en un contexto socioeconómico como el colombiano ha generado injusticias y exclusiones en el país, razón por la cual no atender a ello, sería propender por un proceso de paz ilegítimo. (Rodríguez de la Rosa, 2015)

De esta forma, las paradojas sobre el proceso de paz de Vela (2015) se relacionan con el contexto de la globalización en el sentido del papel que debe jugar el Estado colombiano en la creación de políticas de paz que se desarrollen en contextos en donde la soberanía estatal, la internalización de los derechos humanos, la internalización de la economía de mercado, la degradación del conflicto armado y la responsabilidad de los nuevos actores del conflicto armado están transformando la realidad social continuamente.

#### **a) La paradoja del declive de la soberanía estatal.**

Vela (2015) siguiendo a Weber comprende que en el proceso de formación de los Estados al principio la comunidad humana reclamó mediante el monopolio de la fuerza un territorio determinado en el que a través de un proceso violento de “pacificación” dio establecimiento a un orden “legítimo” en el que la propiedad privada, el capitalismo y la economía de mercado pudo desarrollarse con seguridad. De esta forma, dicho monopolio de la fuerza se tradujo en la práctica de la guerra, la coerción y los procesos excluyentes en el contexto de la acumulación capitalista, propio de la formación del Estado, todo esto presente en el proceso de formación institucional de colombiano. (Vela, p. 440, 2015)

Ahora bien, frente al proceso de formación de los Estados contemporáneos autores colombianos como Guacaneme (2015) comprenden que la globalización ha sido un concepto indeterminado que se encuentra ligado a su naturaleza económica y no necesariamente jurídica. La globalización es entendida como proceso que tiene como finalidad interconectar el mundo conocido introduciendo conceptos tales como “aldea global”, por lo que la búsqueda de nuevos

mercados y la aceleración de la información genera cada más interdependencia entre los Estados. (Fazio, 2011), de aquí que sea necesario estudiar la relación entre Derecho y Globalización desde el punto de vista de las fuentes del derecho (Gutiérrez, 2002; Twining, 2003), el desarrollo de los discursos políticos en las culturas internacionales (De Sousa y Rodríguez, 2007) y el rompimiento del esquema clásico del Estado soberano para entenderlo bajo una óptica internacional en donde la pérdida de la territorialidad expande las fronteras de normas internacionales que tienen plena vigencia en cualquier Estado, incluyendo Colombia. (Guacaneme, 2015) De esta forma, la globalización puede ser entendida como un proceso de múltiples dimensiones que genera una interdependencia derivada de los mercados financieros y permitida por las Tecnologías de la Información y la liberalidad del mercado. (Barbosa, 2007)

Ahora bien, en relación con el contexto de la globalización y su relación con el Estado ésta es reconocida como un proceso complejo a través del cual las relaciones entre éstos se han transformado generando un declive de la soberanía debido a que distintos protagonistas se encuentran relacionados con la toma de decisiones, para lo cual, un Estado como el colombiano que se encuentra en proceso de formación y transición hacia la paz con los actores del conflicto debe adecuarse a las dinámicas de incertidumbre del mercado y la comunidad internacional, al respecto Vela (2015) observa que una “sociedad en transición demanda más presencia del Estado y más políticas efectivas” (p. 443) relacionadas con la paz. Finalmente, el autor en comento expresa que la racionalidad moderna de la globalización se encuentra interesada en dar beneficios económicos a los más poderosos y la forma de lograrlo es a través de la intromisión de los intereses privados en lo público a través de una instrumentalización que deslegitima la democracia en términos de violencia técnico-económica y no de guerra.

#### **b) La paradoja del proceso de internalización de los derechos humanos**

El planteamiento de Vela (2015) se relaciona con el incremento de obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos para el Estado colombiano que en el pasado arreglaba sus conflictos internos a través de medidas como amnistías o indultos que permitían resolver la problemática. De esta forma, conforme a los estándares mínimos internacionales de la justicia transicional, los principios de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición se convirtieron en un parámetro positivo de toda negociación de paz.

De aquí que la filosofía del derecho comprenda que a pesar de que los problemas de paz y guerra se solucionaban a través de razones de Estado; hoy en día, se legitiman bajo criterios internacionales derivados de instrumentos internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. La división del poder, el respeto por los derechos fundamentales y

el principio de legalidad fueron promovidos en la modernidad, para lo que Weber plantea como la legitimidad a través del carisma, la racionalidad y la obediencia a la ley. Aunque a partir del siglo XX a partir de las guerras mundiales se comprendió a partir de Radbruch que no solo la legalidad debe tenerse en cuenta en un orden jurídico, sino las consideraciones de justicia que no tiene en cuenta “la más crasa arbitrariedad de la ley” (Vela, p. 447, 2015). De aquí, que el concepto de “dignidad humana” según Habermas y Rawls legitimen en términos de justicia las actuaciones de un Estado y por ello los acuerdos de paz se encuentran basados en criterios de validez y legitimidad.

Algunos de los instrumentos internacionales que legitiman dichos procesos han de ser la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1963, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Pero en un contexto concreto sobre las comunidades indígenas debe mencionarse que la Organización de Naciones Unidas ha expedido una serie de instrumentos internacionales relativo a la protección de los derechos de los pueblos indígenas tales como el Convenio 107 de la OIT de 1957, el Convenio 169 de la OIT de 1989, el Programa 21 y Declaración de 1993, la Convención de Naciones Unidas contra la desertificación de 1994, la Declaración de Cancún para la pesca responsable de 1992, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, la Declaración de Atitlán sobre el derecho de pueblos indígenas a su tierra, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, la Declaración de Anchorage de 2009 sobre cambio climático e impacto en comunidades indígenas, entre otros. (FAO, 2017) Además, el Sistema Universal de Derechos Humanos comprendido por Sistemas Regionales ha emitido instrumentos de protección independientes de los diferentes continentes que atienden a la promoción y protección de derechos humanos mediante mecanismos judiciales y cuasi jurisdiccionales que velen por el cumplimiento de dichos parámetros internacionales. (Pérez, 2017; Pérez et. Al., 2016)

La paradoja de la paz en este contexto nace cuando ha de ser necesario conciliar los intereses en las negociaciones por parte de los actores en el conflicto armado debido a que en palabras de Valencia (2008) pueden existir “las posibles contradicciones entre la necesidad de esclarecer la verdad y hacer justicia en relación con los más graves hechos de violencia y las violaciones de los derechos humanos, y las demandas de perdón y olvido que suelen plantearse en el marco

de la (re)conciliación” (citado por Vela, p. 450, 2015), expuesta también por Uprimny y Botero (2006) en términos de los objetos de justicia y paz encontrados en la búsqueda de la garantía de los derechos de las víctimas y la posibilidad de negociar el perdón y el olvido.

De esta forma, ha de ser necesario mencionar que las negociaciones no pueden desconocer los derechos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de las víctimas debido a que generarían el riesgo de romper la convivencia de los individuos ante una eventual negociación realizada en la que se incumplen los acuerdos. Además, sería necesario nuevo instrumento jurídico que permitiera lograr la paz en el país, como escribió Radbruch: “no se trata de buscar un derecho penal mejor, sino algo mejor que el derecho penal” (citado por Vela, p. 454, 2015).<sup>2</sup>

### **c) La paradoja derivada de la internacionalización de la economía de mercado.**

Moschella (2015) comprende desde una perspectiva histórico - constitucional que en la época actual de la globalización la integración europea ha de ser compleja en la medida en que la interdependencia económica y financiera de los Estados sumado a la concentración económica del poder ha generado la vulneración de los derechos sociales en estos países. De esta forma, la crisis de la territorialidad derivada del proceso de globalización ha hecho que los Estados disminuyan la autoridad de su ordenamiento constitucional, cediendo con ello terreno a procesos complejos de transformación y obligando al Estado a adecuar una teoría constitucional a la realidad cambiante de la actualidad. Esto ha desencadenado una crisis en la soberanía popular debido a que se evidencia una pérdida del poder democrático de los ciudadanos que debido a decisiones de órganos e instituciones supranacionales terminan teniendo mayor injerencia en las políticas públicas de un país que sus ciudadanos. (Moschella, 2015; Luciani, 1995) No obstante, la soberanía no es solo atacada por organismos supranacionales sino también por entidades estatales que asumen la autonomía necesaria para regirse financieramente de acuerdo con sus intereses. (Cammelli, 1990) De aquí que se comprenda que estos cambios provenientes de la globalización desemboquen en una limitación al ejercicio de la democracia y la posibilidad de que los ciudadanos puedan decidir frente a los organismos e instituciones internacional con poder económico que se poseen intereses en las políticas públicas de los Estados. (Moschella, 2015)

---

<sup>2</sup> En este punto puede consultarse las consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal (Polanco Polanco, 2015).

Ahora bien, en el contexto colombiano Merchan (2015) observa que el proceso de apertura económica evidenciado desde 1930 estuvo ligado al intervencionismo estatal y la protección de la industria nacional hacia las fluctuaciones que internacionalmente se habrían generado a través de los ciclos económicos para los productos como el café. En ese mismo sentido, Ocampo (s.f) expresó que dicha apertura no tuvo los resultados esperados ya que la industria nacional no estaba preparada para el mercado externo en igualdad de condiciones, por lo que, los problemas derivados de infraestructura, tecnología, educación, desigualdad, conflicto armado, pobreza, desempleo, etc. incidieron directamente en resultados desalentadores en términos de competencia internacional, en este punto Robledo (2013) analiza que las oportunidades de un comercio internacional pueden alentar la economía internacional siempre se cuente con las condiciones adecuadas para competir. Ejemplo de ello han de ser las problemáticas evidenciadas con los Tratados de Libre Comercio que han representado grandes debates para la ciudadanía en general y en donde se debe comprender que a pesar de que Colombia no sea una isla, esta debe tener en cuenta al momento de negociar tratados las condiciones sociales de la población para cumplirlos. (Merchan, 2015)

En consonancia con lo anterior, desde el punto de vista del proceso de paz Vela (2015) menciona que los acuerdos de paz deben atender no solo a los parámetros de Derechos Humanos sino también a la realidad económicas del Estado colombiano, esto, debido a que un pasado plagado de exclusión e injusticia no permiten la reconstrucción de una sociedad. De esta forma, Colombia debe desarrollar su política en un tiempo en donde la globalización exige la disminución de la soberanía y los acuerdos de paz el compromiso con el cumplimiento cabal de los mismos.

En este punto, el autor en comento trae a colación la teoría económica keynesiana que fundamentaron las políticas de intervención estatal social luego de la crisis de 1929 en los Estados Unidos de América durante la presidente Roosevelt y su New Deal para poder hablar acerca de la constitución de un Estado Social de Derecho en el que el bienestar social juega un papel fundamental en el desarrollo de un país. Al respecto, Vela (2015) trae a colación a Sen (2000) para observar que: “un modelo de desarrollo integral sólo es posible en contextos sociales de libertad y de expansión de las oportunidades, y que su realización exige, por lo tanto, la eliminación de las principales fuentes de privación de libertad” (p. 458) De esta forma, la paradoja en el liberalismo clásico de no permitir la intervención del Estado en las relaciones económicas de los individuos debido a que las libertades debían ser garantizadas por el Estado no fue posible de lograr por los abusos de la autoridad y el surgimiento de los derechos sociales que dieron origen al mencionado papel intervencionista. Para Vela (2015) siguiendo a Uprimny



(2001) el Estado constitucional colombiano debe recuperar sus funciones sociales con el ánimo de poder alcanzar la paz haciendo prevalecer los intereses públicos sobre los privados. (p. 466)

#### **d) La paradoja de la degradación del conflicto armado.**

Para Vela (2015) el origen de la violencia en Colombia no obedece a la naturaleza de los colombianos y su pasado vivido en guerras, sino a factores objetivos como las exclusiones, iniquidades y pobreza que éstos viven a diario (CNMH, 2014; Sandoval, 2019). Explica Vela (2015) que: “la violencia que sufre la sociedad colombiana también debe explicarse como el producto del proceso civilizatorio propio de la cultura occidente y de su propio influjo cultural y económico. Tras la crítica etapa de la independencia caracterizada por la aculturación, la expoliación y la dominación violento, América Latina ha seguido el camino político de Occidente y ha buscado conformar estados” (p. 468)

Para esto, apoya su argumento en la teoría de Weber sobre la construcción del orden político de un Estado observando que un primer momento el monopolio de la fuerza fundamentado en la violencia pretender la pacificación interna. De esta forma, siguiendo a Marcuse el Estado moderno garantiza los derechos de apropiación mientras justifica la desigualdad debido a que su base es la represión, la dominación y la explotación de individuos. Y aunque el conocimiento tenga una función transformadora, en este Estado tiene la función de estar al servicio de la institucionalidad y con ello de la guerra. (Vela, p. 469, 2015)

De esta forma, comprendiendo que la multiplicidad de causas han afectado el proceso de la violencia en el país, dicha problemática ha degradado el conflicto armados en la medida en que actores armados antiguos como la guerrilla y nuevos como el paramilitarismo, bandas criminales y carteles de narcotráfico se han ocupado de pretender en algunos casos la seguridad de la población a través del uso de las armas, con el propósito inicial de enmarcarse a una ideología aunque existen intereses económicos de fondo propios de la globalización que no se hacen visibles debido a la irregularidad de las guerras de la nueva era. (Vela, 2015; Carvajal, 2015; Kaldor, 1999)

Es por esta razón que la internacionalización de los derechos humanos (González & Rodríguez, 2016), la economía de mercados ha influido en la transformación de los conflictos armados que ahora persigue intereses económicos en países en vía de desarrollo cuyos recursos naturales son un punto crucial que mueve el desarrollo de los países desarrollados. (Lavaux, 2004)

#### **e) La paradoja de los nuevos enfoques de responsabilidad de los actores armados.**

La ausencia de políticas públicas dirigidas a afrontar el problema de la violencia y la ambigüedad de las responsabilidades de actores armados en Colombia en el contexto de globalización han generado una problemática de impunidad relacionada con los marcos de justicia transicional que se han desarrollado para afrontar el conflicto armado interno, ejemplo de ello ha sido Ley de Justicia y Paz que no ha gozado de la legitimidad suficiente en la medida en que desconoce los parámetros establecidos por los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. (Vela, 2015)

No obstante, la degradación del conflicto armado ha dado origen a un dilema interpretativo del marco jurídico que los conflictos armados internacionales e internos en la medida en que Colombia ha sido un país que ha propiciado la existencia de grupos paramilitares que apoyan el fortalecimiento de la seguridad a costa del uso de las armas, para lo cual, dichos grupos armados al ser integrados por civiles pierden su estatus de protección a civiles debido a que se encuentran íntimamente relacionado con el daño a las comunidades. (Vela, p. 183, 2015) En este mismo sentido, Bautista (2015) comprende que la complejidad de conflicto colombiano ha dado origen a actores del conflicto tales como: Estado, insurgente, víctimas, minorías, organizaciones humanitarias y económicas y población en general, por lo que la degradación del conflicto afectó el desarrollo humano a tal punto que se causó un daño profundo a la vida de las personas que comprenden la guerra como algo que hace parte de la sociedad colombiana. (PNUD, 2003).

La paradoja de los actores armados se relaciona en la dificultad adversa de definir la posición en la cual deben ser juzgados civiles que, debido a las desigualdades del país, se encuentran excluidos e imposibilitados para desarrollarse y viéndose en la dificultad de una globalización económica avasallante se ven obligados a buscar el sustento necesario por cualquier medio para lograr la subsistencia de sus familias.

### **3.3. Análisis de la situación de la comunidad indígena Barí de Norte de Santander en relación con su cultura y el conflicto armado.**

El Centro Nacional de Memoria Histórica de Colombia (en adelante CNMH, 2018) en el documento “Somos Barí: Hijos ancestrales del Catatumbo. Voces y memorias del pueblo Barí. Catatumbo: memorias de vida y dignidad” realizó una línea de tiempo en donde se pueden evidenciar los principales hechos que, relacionados con el conflicto armado, la violencia sociopolítica y la resistencia del Catatumbo, para lo cual se encuentran relacionados los siguientes:

- **1905.** El establecimiento de la Concesión Barco que habilitó la explotación petrolera en territorio Barí, hoy Tibú y el Tarra. (Dinero, 2005)
- **1930.** La concesión es cedida al Colombian Petroleum Company y a la South American Gulf Oil Company. (Dinero, 2005)
- **1910 a 1960.** Exterminio de gran parte de la población Barí por parte de agentes de seguridad de las petroleras. (ASOCBARÍ, 2018)
- **1968.** Nacen las juntas de acción comunal en la región.
- **1978.** Nace la Asociación Comunidad Motilón Barí de Colombia y la Cooperativa Multiactiva de El Tarra.
- **1979.** Primera toma guerrillera al Catatumbo en Convención. La entrada del Ejército de Liberación Nacional. (ELN)
- **1981.** Creación de resguardo indígena Barí Catalaura - La Gabarra.
- **1982.** Creación de la Cooperativa Multiactiva Motilón Barí.
- **1980 a 1990.** Fortalecimiento del proceso cooperativo de la región.
- **1980 a 1990.** Primeras acciones terroristas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. (FARC)
- **1987.** Paro del nororiente colombiano. (La opinión, 2018)
- **1988.** Creación del resguardo indígena Motilón Barí y surgimiento de primeros escuadrones de la muerte.
- **1990.** Primeros cultivos de coca en zona rural de la Gabarra.
- **1991.** Desmovilización del Ejército Popular de Liberación (EPL). Frentes disidentes continuaron operando en la zona.
- **1992 - 1999.** Bonanza cocalera en la Gabarra y zonas aledañas.
- **1995.** Las Autodefensas Campesinas del Sur del Cesar empiezan a hacer presencia en el Catatumbo. **1995.** Masacre a funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) por el ELN y el EPL en Tibú.
- **1999. 29 de mayo.** Entrada del Bloque Catatumbo de las Autodefensas de Colombia (AUC) a Tibú. 17 de julio. Masacre en la cabecera municipal de Tibú por el Bloque Catatumbo. 21 de agosto. Masacre de la Gabarra por el Bloque Catatumbo.
- **16 de febrero de 2000.** Masacre del Tarra por el Bloque Catatumbo. 06 de abril de 2000. Masacre en la cabecera municipal de Tibú por el Bloque Catatumbo.
- **2002.** Inicio de fumigación aérea con glifosato. 25 de abril. Masacre de las flores por el Bloque Norte de las AUC.

- **2004.** Masacre de 34 raspachines por las FARC en zona rural de la Gabarra. Desmovilización de las AUC en Sardinata, Campo Dos, Tibú. Nace el Comité de Integración Social del Catatumbo.
- **2005.** Nacimiento de la Asociación Campesina del Catatumbo. 25 de marzo. Masacre de Guamalito por el Bloque Norte de las AUC. **2005 - 2006.** Incremento de fuerza pública en los municipios.
- **2006.** Desmovilización del Bloque Norte. Surgimiento de grupos post desmovilización: Águilas Negras, los Paisas, Los Urabeños o Clan del Golfo.
- **2006 - 2008.** Incremento de comisión de ejecuciones extrajudiciales por la Fuerza Pública.
- **2010.** Interrupción de la fumigación con glifosato en el Catatumbo.
- **2011.** Nacimiento de la Asociación Pueblo Barí de Colombia. Se promulga la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.
- **2012.** Inicio del proceso de negociación entre el Gobierno colombiano y las FARC.
- **2013.** Surge la Asociación de Autoridades Tradicional del Pueblo Barí.
- **2014.** Paro agrario que reúne a organizaciones del Catatumbo.

Conforme a lo anterior, ha de ser necesario comprender algunos de sus elementos culturales, ya que los Barí se definen como: “una fuerza que emana de la selva, de los ríos, de la multitud de aves con plumajes coloridos y del contacto con los seres que nos acercan a Sabaseba, Ichikbari, quienes nos dan la vitalidad y las enseñanzas más importantes a través de las tradiciones que les fueron entregadas a las Sadou (ancianos sabios)” (CNMH, p. 37, 2018)

El “Ishtana” como territorio lo definen como el origen de hoy y la construcción del mañana; la vida como reflejo de los ancestros, en donde Sabaseba les entregó un territorio para que fuera respetado y cuidado por ellos. Dichos lugares son sagrados y merecen el respeto, ya que son sitios en donde el Barí - ara como lengua se encuentra en la voz de alma. La medicina tradicional es usada por los Sadou como medicamento para la comunidad y la dirección del Cacique en su dirección del pueblo Barí dirige las tradiciones, necesidades y costumbres del pueblo.

La unidad del pueblo y el trabajo en los consejos de Sabaseba rigen el diario vivir de esta comunidad, ya que la columna vertebral de la enseñanza en el pueblo se rige por estos mandamientos ancestrales. La caza y la natación son las formas a través de las cuales los adultos enseñan a su descendencia como vivir en su territorio. La lucha, el tiro al blanco y las maratones son las actividades deportivas que se desarrollan en su vida, mientras que la

elaboración de canastos en Ka (bohío), las mujeres se encargan de enseñar esta práctica y los hombres se encargan de la creación de arcos, flechas, chuzos y lanzas, mientras se enseña, se cuentan o se cantan las leyendas, historias y mitos del pueblo.

Ahora bien, la economía del pueblo Barí se basa en el “RIKAN, CAKAN, LUGCHI SAKAN, KASTU SAKAN CRABA SA ABA KI ACRA ABRI ACBEIKAIN ABA” es decir, “sembrar, recolectar, cazar, pescar y comer” (CNMH, p. 54, 2018). Se trata de vivir en equilibrio con la Ishta (Tierra), por ello, como seminómadas procuran no agotar los recursos que Sabaseba les dejó. Para los Barí, no existe el sentido de propiedad, son muy solidarios ya que están pendientes de que a nadie en la comunidad le falte nada, apoyándose mutuamente, para lo que a través de sus actividades agricultura, pesca y caza buscan mantenerse a pesar de que los ndabadó (colonos) han causado graves daños al Ishta y deben comprar víveres para sobrevivir.

Finalmente, el plan de vida del Pueblo Barí es más que un escrito ya que contiene el espíritu del pueblo y se encuentra constituido por los siguientes principios: “El respeto por la diversidad étnica y la identidad cultural, la autonomía, la territorialidad, la sustentabilidad, la coordinación, subsidiaridad y concurrencia, la participación, el reconocimiento de las autoridades tradicionales, la organización, la oportunidad, la esperanza”, todo ello basado en lo que la Ley de Origen Barí, la Constitución de 1991 y el Convenio 169 de 1989 de la Organización del Trabajo que sustenta la Ley 21 de 1991 que da validez jurídica a los Planes de Vida de las comunidades indígenas. Aunque, estos pueblos consideran que se pueden enunciar algunas problemáticas como: “La aguda situación del conflicto armado, un auge de los cultivos ilícitos que provocó una mayor colonización, entregas de licencias para la exploración y explotación minero-petrolera, el proyecto de Zona de Reserva Campesina del Catatumbo, pues algunos de sus planteamientos se cruzan con nuestra lucha por la ampliación de nuestro territorio, la falta de compromiso para la realización de proyectos con gran impacto por parte de alcaldías y la Gobernación de Norte de Santander, la actuación en contra de la autonomía Barí por parte del operador educativo católico Corporación Paz y Futuro, los intereses políticos y religiosos que provocaron la división del Pueblo Barí con la creación del Nuevo Cabildo Resguardo Catalaura-La Gabarra, que abarca sólo dos comunidades y Ichidji ya ababi 83 que rompe con el principio de unidad que expresaba nuestro Plan de Vida.” (CNMH, 2018)

En contexto, los Barí deben seguir los consejos de Sabaseba que se relacionan a continuación:

Trabajar, cazar y pescar en comunidad. Vivir en comunidad en el bohío.

Dar consejos, especialmente los Sadou.

Enseñar el trabajo de la tierra, de la caza, de la pesca, de la construcción del bohío.

Mantener la alegría como la piña madura.

Respetar en los trabajos de los hombres y de las mujeres.

Respetar a los Sadoyi, nuestros ancestros.

Cuidar y proteger la naturaleza. Respetar a los Sadou.

Los Barí no debemos olvidar los consejos de los Sadou.

Practicar la medicina tradicional. Elaborar las artesanías del hombre y la mujer. (CNMH, 2018)

### **3.4. Contrastación teórico - práctica de las paradojas en relación con los Barí.**

A continuación, se llevó a cabo la elaboración de una matriz de análisis documental que tiene como finalidad identificar elementos teóricos y prácticos que puedan relacionarse en relación con la situación de la comunidad indígena Barí de Norte de Santander:

Tabla 1.

*Contrastación teórica – práctica de las paradojas de la paz en relación con los Barí.*

---

**Contrastación teórico-práctica de las paradojas de la paz con los barí**

---

<b>Categoría teórica del Derecho Internacional Clásico</b>	<b>Hechos históricos relacionado</b>	<b>Paradojas del proceso de paz</b>	<b>Categoría teórica del Derecho Internacional Contemporáneo (1945)</b>	<b>Hechos históricos relacionado</b>
<b>Hegemonía europea</b>	<p><b>1905.</b> Concesión de habilitación para explotación petrolera.</p> <p><b>1930.</b> La concesión es cedida al Colombian Petroleum Company y a la South American Gulf Oil Company.</p>	<b>Declive de la soberanía estatal</b>	Una sociedad en transición demanda más intervención del Estado, pero la globalización lo impide.	<p><b>2005 - 2006.</b> Incremento de fuerza pública en los municipios.</p> <p><b>2006 - 2008.</b> Incremento de comisión de ejecuciones extrajudiciales por la Fuerza Pública.</p> <p><b>2011.</b> Se promulga la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.</p> <p><b>2012.</b> Inicio del proceso de negociación entre el Gobierno colombiano y las FARC.</p>

---

<b>Guerra</b>	<b>1910 a 1960.</b> Exterminio de gran parte de la población Barí por parte de agentes de seguridad de las petroleras.	<b>Internalización de DDHH</b>	Incremento de obligaciones internacionales y consideración de valor de justicia y paz entre víctimas y victimarios.	<p><b>1968.</b> Nacen las juntas de acción comunal en la región.</p> <p><b>1978.</b> Nace la Asociación Comunidad Motilón Barí de Colombia y la Cooperativa Multiactiva de El Tarra.</p> <p><b>1981.</b> Creación de resguardo indígena Barí Catalaura - La Gabarra.</p> <p><b>1982.</b> Creación de la Cooperativa Multiactiva Motilón Barí.</p> <p><b>1980 a 1990.</b> Fortalecimiento del proceso cooperativo de la región.</p> <p><b>1988.</b> Creación del resguardo indígena Motilón Barí y surgimiento de primeros escuadrones de la muerte.</p> <p><b>2004.</b> Nace el Comité de Integración Social del Catatumbo.</p> <p><b>2005.</b> Nacimiento de la Asociación Campesina del Catatumbo.</p> <p><b>2011.</b> Nacimiento de la Asociación Pueblo Barí de Colombia. Se promulga la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.</p> <p><b>2012.</b> Inicio del proceso de negociación entre el Gobierno colombiano y las FARC.</p> <p><b>2013.</b> Surge la Asociación de Autoridades Tradicional del Pueblo Barí.</p>
<b>Dominación</b>	<b>1910 a 1960.</b> Exterminio de gran parte de la población Barí por parte de	<b>Internacionalización de la economía de mercado</b>	La globalización bajo la postura liberalismo clásico en contraposición a la función social de la Constitución de 1991.	<p><b>1987.</b> Paro del nororiente colombiano.</p> <p><b>1990.</b> Primeros cultivos de coca en zona rural de la Gabarra.</p> <p><b>1992 - 1999.</b> Bonanza cocalera en la Gabarra y zonas aledañas.</p> <p><b>2002.</b> Inicio de fumigación aérea con glifosato.</p>



---

agentes de seguridad  
de las petroleras.

**2010.** Interrupción de la fumigación con glifosato en el Catatumbo.  
**2014.** Paro agrario que reúne a organizaciones del Catatumbo.

---

**Revolución  
industrial**

**1905.** Concesión de  
habilitación para  
explotación  
petrolera.

**Degradación  
del conflicto  
armado**

El surgimiento de nuevos  
actores del conflicto  
armado en relación con  
intereses económicos  
propios de la  
globalización.

**1979.** Primera toma guerrillera al Catatumbo en Convención. La  
entrada del Ejército de Liberación Nacional. (ELN)  
**1980 a 1990.** Primeras acciones terroristas de las Fuerzas Armadas  
Revolucionarias de Colombia. (FARC)  
**1995.** Las Autodefensas Campesinas del Sur del Cesar empiezan a  
hacer presencia en el Catatumbo. **1995.** Masacre a funcionarios del  
Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) por el ELN y el EPL en Tibú.  
**1999. 29 de mayo.** Entrada del Bloque Catatumbo de las  
Autodefensas de Colombia (AUC) a Tibú. **17 de julio.** Masacre en la  
cabecera municipal de Tibú por el Bloque Catatumbo. **21 de agosto.**  
Masacre de la Gabarra por el Bloque Catatumbo.  
**16 de febrero de 2000.** Masacre del Tarra por el Bloque Catatumbo.  
**06 de abril de 2000.** Masacre en la cabecera municipal de Tibú por el  
Bloque Catatumbo.  
**2004.** Masacre de 34 raspachines por las FARC en zona rural de la  
Gabarra.

---

---

				<b>25 de marzo.</b> Masacre de Guamalito por el Bloque Norte de las AUC.
				<b>25 de abril.</b> Masacre de las flores por el Bloque Norte de las AUC.
<b>Relaciones políticas y económicas</b>	<b>1930.</b> La concesión es cedida al Colombian Petroleum Company y a la South American Gulf Oil Company.	<b>Nuevos enfoques de responsabilidad ad de los actores armados</b>	Ante las problemáticas derivadas de la desigualdad socioeconómica, nuevos actores armados se relacionan para lo que el DIH no define su estatus jurídico de responsabilidad.	<b>1991.</b> Desmovilización del Ejército Popular de Liberación (EPL). Frentes disidentes continuaron operando en la zona. <b>2004.</b> Desmovilización de las AUC en Sardinata, Campo Dos, Tibú. <b>2006.</b> Desmovilización del Bloque Norte. Surgimiento de grupos post desmovilización: Águilas Negras, los Paisas, Los Urabeños o Clan del Golfo. <b>2012.</b> Desmovilización de las FARC.

---

Nota: Realizada por el autor.

#### **4. CONCLUSIONES**

El presente artículo permite concluir que existe una relación íntima entre la tesis del Dr. Vela Orbegozo sobre las paradojas del proceso de paz en relación con las problemáticas que la comunidad indígena Barí en el contexto del derecho internacional clásico que pretendía la guerra y dominación de la comunidad por parte del Estado colombiano y la realidad que vive en el contexto del derecho internacional contemporáneo en donde la globalización y el conflicto armado en Colombia les han causado enormes graves a su desarrollo cultural.

De esta forma, se puede observar las siguientes relaciones:

Frente al declive de la soberanía colombiana ha de observarse que las concesiones petroleras que buscaban en gran medida generar capital al territorio colombiano culminaron en la creación de un conflicto armado entre armas de fuego y flechas cuya finalidad era la dominación y pacificación de la comunidad indígena por más más de 50 años (1910 – 1960) en el Catatumbo, Norte de Santander. Todo ello, generaría enormes cambios en el modo en el que dicha comunidad se relacionaba con su territorio, ya que como seminómadas que eran pretendían vivir de lo que su Dios les preveía, buscaban vivir en donde no causarían un daño que desequilibrara el medio ambiente. De esta forma, se incrementaron los niveles de pobreza y desigualdad debido a que no podían acceder a los mecanismos de subsistencia por tradición, razón por la cual, la guerra se convirtió en una de las formas de encontrar dichos recursos.

La internalización de los derechos humanos ante la problemática originada hasta los años 1960 con la explotación petrolera generó un cambio en el manejo político de lo que se consideraba justo para la época. De aquí que, a partir de 1968, el pueblo Barí se haya asociado bajo el amparo de la Constitución y la Ley para exigir sus derechos ante el Estado colombiano.

En relación con la internacionalización de mercado se observa que a partir de 1987 con el paro campesino del Nororiente colombiano y 1990 a la actualidad, la época de la bonanza cocalera en el Catatumbo de Norte de Santander se haya convertido en el principal recurso económico que promueve la sostenibilidad de la región. Probablemente, la ausencia de políticas públicas que promovieran el desarrollo integral de la población desencadenó este efecto que generaría miles de muertes en la zona. No obstante, se sigue atentando en contra del territorio a través fumigaciones con glifosato que genera un daño irreparable en el medio ambiente afectando a dicha cultura y toda la población aledaña. (2000 hasta la actualidad)

Tal como lo afirma Isabel Goyes Moreno (Moreno, 2016), la firma del texto definitivo alcanzado en los diálogos de la Habana, no es la paz en sí misma, es un marco político-normativo de inclusión cuya finalidad última es el robustecimiento de la democracia, al incluir sectores sociales marginados de los espacios de toma de decisiones, aunque víctimas de los horrores del conflicto armado.

En cuanto a la degradación del conflicto armado y el sufrimiento del pueblo Barí ha de observarse que líderes indígenas y comunidades se han visto envueltas en este caos en el que la economía, el derecho y la política son responsables de forma indisoluble. El Estado colombiano pretendió que con la explotación petrolera se generaría la riqueza a costa de sacrificar un tejido social milenario que reclamaba el territorio como propio. El descontento generó guerras desde 1910 en el Catatumbo y estas últimas trajeron consigo la devastación necesaria para causar las condiciones de desigualdad que se observan en los medios de comunicación. Ante la necesidad de sobrevivir, la guerra poseía una connotación de izquierda representada en la guerrilla FARC y EPL (1979 - 1999), que posteriormente, ante los daños causados por las mismas surgieron los grupos contrarios AUC (1999 – 2004) y Bandas Criminales (2006 – actualidad), sin mencionar los daños colaterales o ejecuciones extrajudiciales que el Estado colombiano ha cometido en busca de sus intereses (2006 – 2008). Las guerras del Estado colombiano no son guerras de los Barí, pero como pueblo guerrero que se denomina ancestralmente siempre ha luchado contra estos grupos organizados que atenta gravemente contra Sabaseba. (1910 – actualidad)

Finalmente, los nuevos enfoques de responsabilidad de los actores armados no son claros, más aún en el contexto indígena en donde los grupos armados de toda índole causan todo tipo de daños a su cultura y nadie se hace responsable. En este punto, la desmovilización de grupos tales como las EPL (1991), AUC (2004), y FARC (2012) a partir de 1991 no han sido del todo responsables, debido a que éstos no han sido juzgados conforme a la justicia del pueblo Barí, por lo que en el peor de los casos dicha comunidad les perdonará a regañadientes, pero la inestabilidad del inconformismo con dicha legislación se observa por la impunidad que deja un conflicto latente que en cualquier momento puede estallar generando más guerra, muerte y desigualdad en la tierra dada por Sabaseba a los Barí.

## 5. Referencias bibliográficas.

- Asociación Comunidad Motilón Barí de Colombia (2018) La Historia de la explotación de petróleo en Colombia y especialmente en el Catatumbo. Recuperado de: <http://www.asocbari.org/espanol/amenazas.petroleohistoria.html>
- Barbosa, F. (2007). El derecho y la historia: mirada convergente en la globalización. En Ramírez, Gonzalo (Ed.). El Derecho en el contexto de la globalización. (pp. 89-130). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bautista, D. (2003) Reflexión sobre el papel de los actores en el conflicto armado en Colombia y la importancia de la memoria histórica para la construcción de paz. Revista Trans Pasando Fronteras, Núm. 8. 2015. Cali, Colombia. Recuperado de: [https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/trans-pasando\\_fronteras/article/view/2086/2851](https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/trans-pasando_fronteras/article/view/2086/2851)
- Cammelli, M. (1990), Regioni e rappresentanza degli interessi: il caso italiano en Stato e mercato, 1990, p. 153
- Carvajal, J. (2015) la degradación de la guerra y el conflicto colombiano. Revista Amicus Curiae – Direito – Universidade do Extremo Sul Catarinense. ISSN: 2237-7395. Vol. 12 – N. 1 – Jan./Jun. 2015. Recuperado de: <http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/2227/2261>
- Centro Nacional de Memoria Histórica de Colombia (2018) Somos Barí: Hijos ancestrales del Catatumbo. Voces y memorias del pueblo Barí. Catatumbo: memorias de vida y dignidad. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/catatumbo/descargas/somos-bari.pdf>
- Congreso de la República de Colombia (1991) Ley 21 de 1991. Aprobación del Convenio 169 de 1991. Recuperado de: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37032>
- De Sousa, B. y Rodríguez, C. (Edit.) (2007). El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita. México: Anthropos.

- Robledo, J. (2013) El libre comercio es la causa de la crisis agraria. El Tiempo. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13053391>
- Fazio, H. (2011). ¿Qué es la globalización? Contenido, explicación y representación. Bogotá: Universidad de los Andes.
- GOYES-MORENO, I. (2015). Enfoque de género en los acuerdos de paz. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*. (2) 1. 133 a 155. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)
- González de la Rosa E. & Rodríguez de la Rosa LG. (2015). El acuerdo sobre las víctimas del conflicto entre el gobierno nacional y las FARC a la luz de los estándares internacionales de reparación integral. *Revista Científica Codex*. (2) 1. 95-113. Recuperado de: <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex>
- Guacaneme Pineda, R. E., & Avendaño Castro, W. R. (2015). El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombiana: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 155-182.
- Gutiérrez, I. (2002). Globalización, Estado y Derecho Constitucional. A Distancia, (2), 17-21.
- Luciani, M. (1995) La democrazia di fine secolo, Bari, 1995, pp. 5 y ss.
- Merchán, G. (2015) Globalización y crisis de la soberanía: Sobre la necesidad de reidentificar la función del Estado como actor político y económico en el siglo XXI. Tesis de maestría en Derecho Público. Universidad Santo Tomás de Bogotá. Recuperado de: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1843/Merchaalvaro2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Moschella, G. (2015) La soberanía del Estado en la era de la globalización. El proceso de integración europea y la tutela de los derechos. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*. Núm. 27, 2015, pp. 117 - 127 - ISSN: 0212-7237. Recuperado de:

[http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/4148/0212-7237\\_27\\_117.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/4148/0212-7237_27_117.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Organización de las Naciones Unidas (1949) Declaración Universal de Derechos Humanos.

Recuperado de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Organización de las Naciones Unidas (1966) Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Recuperado de: <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights>

Organización de las Naciones Unidas (1966) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de:

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Organización de las Naciones Unidas (1992) Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Recuperado de: <https://culturalrights.net/es/documentos.php?c=18&p=195>

Organización de las Naciones Unidas (2007) Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de: <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (2017) Pueblos indígenas. El marco internacional. Naciones Unidas. Recuperado de: <http://www.fao.org/docrep/013/i1857s/i1857s02.pdf>

Organización Internacional del Trabajo (1989) Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Recuperado de:

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312314)

Dinero (2005) Petróleo. Sin el capital y la tecnología de las compañías extranjeras, esta industria no tendría la importancia que tiene hoy para nuestra economía. Recuperado de: <https://www.dinero.com/caratula/edicion-impresa/articulo/petroleo/29889>

Kaldor, M. (1999) *New and old wars: Organized violence in a Global era*, Cambridge Polity Press.

La opinión (2018) *Ecos del paro del nororiente*. Cúcuta, Colombia. Recuperado de: <https://www.laopinion.com.co/ecos-del-paro-del-nororiente-38766#OP>

Lavaux, S. (2004) *Degradación ambiental y conflictos armados: las conexiones*. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. Recuperado de:

[https://pure.urosario.edu.co/ws/portalfiles/portal/20316504/Degradaci\\_n\\_ambiental\\_y\\_conflictos\\_armados\\_las\\_conexiones\\_Stephanie.pdf](https://pure.urosario.edu.co/ws/portalfiles/portal/20316504/Degradaci_n_ambiental_y_conflictos_armados_las_conexiones_Stephanie.pdf)

Ocampo, J.A. (s.f.) Un futuro económico para Colombia. Recuperado de: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/6194/colombiafuturo2.pdf>

Pabón Giraldo, L. D., & Jiménez Ospina, A. (2014). Una alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 137-152.

Polanco Polanco, A. (2015). Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 217-240.

Pérez, C. et. Al. (2016) El proceso de estructura monitoria en el contexto del conflicto y la responsabilidad del estado en Colombia: ¿una posible alternativa en el escenario de reparación a víctimas por desplazamiento forzado? *Revista Del Instituto Colombiano De Derecho Procesal*. ISSN: 0123-2479. Ed: v.3 fasc. p.268 - 309 ,2016.

Pérez, C. (2017). El control de convencionalidad ex officio en el marco de posconflicto en Colombia. *Saber, Ciencia Y Libertad*, 12(1), 19-45. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2017v12n1.691>

PNUD (2003) Daños al desarrollo: las opciones truncadas. Informe nacional de desarrollo humano. Bogotá, Colombia.

Rodríguez de la Rosa, L.G. (2015). El derecho, la paz transformadora y la paz como valor fundante del ordenamiento jurídico colombiano desde la perspectiva del funcionalismo estructural en Talcott Parsons y Robert Merton. *Revista Científica Codex*, 1(1), 23-40. Disponible en: <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/2543>

Sen, A. (2000) *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Editorial Planeta.

Twining, W. (2003). *Derecho y globalización*. Bogotá: Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana

Uprimny, R. y Botero, C. (2006) *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, DeJusticia.

Uprimny, R. (2001) *Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas*. Bogotá, Colombia.



- Valencia, A. (1999) Verdad y justicia en procesos de paz y transición a la democracia, Bogotá, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina Colombia, Comisión Colombiana de Jurista.
- Vela, B. (2015) Colombia no es una isla: una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Vela, B. (2012) Lecciones de derecho internacional. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

# La Responsabilidad Del Estado Colombiano Frente A La Garantía De Los Servicios De Salud A Niños Y Niñas Migrantes Irregulares En El Territorio Nacional

Autores: Darwin Clavijo Cáceres<sup>3</sup>, Xiomara Muñoz Pava<sup>4</sup>, Nora Pava Parada<sup>5</sup>

Fecha de recepción: 2 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 25 de marzo de 2018

Referencia: CLAVIJO CÁCERES, Darwin. MUÑOZ PAVA, Xiomara. PAVA PARADA, Nora. (2018). *La Responsabilidad Del Estado Colombiano Frente A La Garantía De Los Servicios De Salud A Niños Y Niñas Migrantes Irregulares En El Territorio Nacional*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 6. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

## RESUMEN.

En años recientes se ha presentado un fenómeno de inmigración masiva proveniente de Venezuela hacia territorio colombiano. El país no estaba preparado para ello, por ello se están presentando situaciones incontrolables para el aparato estatal. En diferentes ciudades de Colombia las autoridades han tenido que recurrir a toda su capacidad e ingenio para resolver las situaciones que cotidianamente se presentan por la presencia de venezolanos que llegan a buscar oportunidades que les permitan solventar sus necesidades básicas. La agenda de las administraciones locales debió modificarse a fin de atender las necesidades respecto de educación salud, vivienda, trabajo, seguridad, entre otras, de los desplazados voluntarios del vecino país. El escenario sirve de excusa para estudiar las obligaciones del Estado respecto del derecho a la salud de los inmigrantes que se mantienen en condición de irregularidad, específicamente respecto de la población más vulnerable que es la niñez.

---

<sup>3</sup> Abogado. Doctor en Derecho, administración y justicia de la Universidad de Salamanca, España; Magister en educación superior. Docente de la Universidad Libre seccional Cúcuta.

<sup>4</sup> Abogada, Especialista en Derechos Humanos.

<sup>5</sup> Abogada, Especialista en Derechos Humanos.

**Palabras claves:**

Migración masiva; Inmigrante irregular; Derecho a la salud. Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

**ABSTRACT**

In recent years there has been a phenomenon of massive immigration from Venezuela into Colombian territory. The country was not prepared for it, which is why uncontrollable situations are appearing for the state apparatus. In different cities of Colombia, the authorities have had to resort to all their capacity and ingenuity to solve the situations that are daily presented by the presence of Venezuelans who come to look for opportunities that allow them to solve their basic needs. The agenda of the local administrations had to be modified in order to meet the needs regarding education, health, housing, work, security, among others, of the displaced volunteers of the neighboring country. The scenario serves as an excuse to study the obligations of the State regarding the right to health of immigrants who remain in an irregular situation, specifically with respect to the most vulnerable population, which is childhood.

**Key Words**

Mass migration Irregular immigrant; Right to health. Rights of children and adolescents.

**1. INTRODUCCIÓN**

Para el año 2013, según cifras reveladas por el Banco Mundial, más de 247 millones de personas en el mundo, estaban viviendo fuera de sus países de nacimiento y esta cifra va en ascenso (Banco Mundial, 2017). El panorama Colombiano no es ajeno a estos acontecimientos y por ello se ha visto cómo en los últimos años y particularmente como consecuencia de la situación económica, social y política que vive la República de Venezuela, la población de migrantes se

ha elevado a niveles nunca antes vistos. En este sentido, de acuerdo con las cifras registradas por Migración Colombia, en el año 2016 alrededor de 34 mil migrantes irregulares fueron detectados en diferentes zonas del territorio nacional según lo indicó el Director General de la entidad Krüger Sarmiento (Migración. Ministerio de Relaciones Exteriores. , 2017). La misma entidad aseguró finalizando el 2017 que en el país se encontraban más de 550 mil venezolanos, lo que implica un aumento cercano al 62 % respecto al mismo informe presentado a mediados del 2017. En un comunicado oficial de Junio de 2018 Krüger Sarmiento señaló: “a la fecha, Colombia ha recibido a más de un millón de personas provenientes de Venezuela, de las cuales, un poco más de 819 mil, son ciudadanos venezolanos que tienen vocación de permanencia” (Bastos Osorio, 2017) (Migración Colombia, 2018).

En este contexto se está presentando en Colombia un fenómeno que sirve de referente para el estudio de los derechos de los inmigrantes cuando se encuentren en condiciones de irregularidad. Lo sucedido en Colombia se presenta en la actualidad en otros países del mundo y es motivo de conflictos de diferente naturaleza, basta señalar que es considerado por algunos estudiosos como una de las causas del Brexit en el Reino Unido (Alvarez, 2016), pero de igual forma el fenómeno se presenta en Estado Unidos, en donde el Presidente Trump ha endurecido su política migratoria e intenta levantar una barrera que impida el ingreso de inmigrantes a sus territorio.

En la sociedad del siglo XXI es un hecho que la condición de regular o irregular de un inmigrante no debería impedir la materialización de sus derechos humanos, menos aun cuando se trata de menores, no obstante para las naciones del tercer mundo resulta, por decir lo menos, dificultoso poder atender las necesidades que conllevan la condición de quienes en cualquier condición deben abandonar su país para asegurar la supervivencia, cuando el fenómeno se presenta masivamente, como es el caso que se estudia en este artículo.

No cabe duda que ante la gran proporción de personas migrantes, se ha generado en Colombia un proceso variado y complejo que involucra riesgos, pues para nadie es un secreto que ante estas circunstancias, la mayor preocupación para los países receptores, surge por la tensión entre las políticas migratorias que crea el Estado para tratar de contener el fenómeno por el impacto social y económico que ello acarrea y, por otro lado, la protección de los derechos humanos de

esta población, que es considerada vulnerable, máxime cuando su situación jurídica es irregular, por dos razones fundamentales: de un lado, durante su estancia irregular está particularmente expuesto a la discriminación y vulneración de sus derechos fundamentales. De otro, no está, al menos en principio, protegido frente a la expulsión (Pérez Gonzalez, 2012). LO cierto es que los procesos migratorios, con mayor razón los masivos, producen cambios económicos, políticos y sociales, tanto en el país receptor como en el emisor, con impactos negativos o positivos, con ellos disminuyen o aumentan las desigualdades entre las áreas involucradas (Abu-Warda, 2007).

El artículo que se presenta es resultado de la investigación desarrollada con el objetivo de identificar los alcances respecto de la obligación del Estado colombiano en la prestación de los servicios de salud a los niños y niñas migrantes en situación irregular. Se trata de un estudio teórico y por consiguiente cualitativo que involucra un análisis del marco normativo internacional e interno de la forma como se garantiza el derecho a la salud de los niños y niñas migrantes que se encuentran en situación irregular, con un enfoque deductivo que permitirá establecer las obligaciones del Estado colombiano en este asunto frente a la comunidad internacional.

## **2. LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL**

La migración internacional, entendida como “el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica hacia otra a través de una frontera administrativa o política, con la intención de establecerse de manera indefinida o temporal en un lugar distinto a su lugar de origen” (Burgos Moreno, 2010, pág. 7), constituye un fenómeno que, con el paso de los años, se ha incrementado considerablemente en todo el mundo, caracterizado, en la actualidad, por la búsqueda de oportunidades de trabajo, mejores condiciones socioeconómicas, continuación de estudios, abandono de violaciones a los derechos humanos, traslados por desastres naturales, entre otros factores, que, en todo caso, se asocian con la idea de encontrar mejores perspectivas de vida. En los últimos años Colombia se convirtió en uno de los países que más siente los efectos de este fenómeno, con razón de la crisis socio-política de la Republica de Venezuela.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) el término Migrante, en sentido estricto, abarca tanto a la persona que abandona como la que llega a otro Estado con el propósito de residir en él. Sin embargo, a partir del artículo 1° de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, el proceso de migración comprende también la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de acogida, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual, lo que significa que la condición de “migrante” puede adquirirse incluso desde antes de salir del país, lo que extiende su concepción al individuo que aún no ha salido pero que lo hará en futuro próximo, contexto que puede calificarse en sentido ‘amplio’ (IDDHPUC. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012). En los anteriores términos existen casos de niños que aún no han dejado el país de su nacionalidad, pero que sus padres sí lo han hecho, luego existe una tendencia a que en un futuro próximo estos sujetos quieran reunirse en el exterior, dando lugar a la migración, como se vio, en sentido estricto. Para Sarrible, Toda persona que atraviesa fronteras nacionales, cambia su residencia y permanece el suficiente tiempo viviendo en un país distinto, independientemente de la nacionalidad que posea, entraría dentro de la definición de migrante internacional (Sarrible, 2002), a su vez Derruan la define como “el abandono de un Estado en el que se ha estado viviendo desde el nacimiento o durante mucho tiempo, para dirigirse a otro Estado, con la intención de establecerse en él de forma duradera (temporal o definitiva)” (1974).

En todo caso el concepto de migración se refiere a la “movilidad geográfica de las personas” (Abu-Warda, 2007), y se presenta en un doble sentido, la emigración relacionada con “los flujos migratorios que salen de un país” (Abu-Warda, 2007), y la inmigración referida a los flujos migratorios que llegan a un país o territorio para hacer de él su lugar de residencia. Como lo señala el autor citado “el saldo migratorio o la migración neta es el resultado de las salidas y los retornos de los nacionales por un lado, y de las entradas y de las partidas de extranjeros por otro” (Abu-Warda, 2007). Es claro que el concepto migración no incluye el de nacionalidad, ello quiere decir que hacen parte de este fenómeno los extranjeros, pero también los nacionales, es decir el que siendo natural de un país y habiendo vivido por fuera de él por mucho tiempo decide regresar a su país de origen (Sarrible, 2002).

No obstante lo anterior, no se puede hacer una simple caracterización de los migrantes clasificándolos entre inmigrantes y emigrantes, en realidad el fenómeno es mucho más complejo y su comprensión depende en gran medida de la causa de la migración que oscila entre causas de orden político, social, económico hasta los religiosos. De hecho se reconocen procesos de migraciones internas, esto es dentro de un mismo país por las razones antes señaladas. También se identifican las migraciones temporales y las definitivas.

Calduch, citado por Abu-Warda (2007, pág. 36) identifica tres elementos que integran el concepto migración, son estos el elemento humano, el elemento internacional, y el elemento temporal. Respecto del primero, como es obvio se refiere a personas que salen de un territorio que se tenía como lugar de domicilio y residencia para ingresar a otro, en este sentido hay una movilización de personas. Respecto del elemento internacional se refiere al paso de un país a otro, aunque se reconocen procesos internos la migración que nos ocupa es la internacional; y el elemento temporal se refiere a la intención de permanencia y en este sentido se diferencia de otros fenómenos como el turismo recreativo o por negocios, las visitas familiares etc.

Las Naciones Unidas reconocen como migrantes las personas que tienen una intención de permanencia, en el país diferente del suyo, por un periodo mayor a un año, lo que sustrae del concepto a las personas que migran sin intención de permanencia o a corto plazo, situación frecuente para desempeñar labores específicas por temporadas, o con la sola intención de atender, temporalmente, problemas de salud o simplemente en tránsito hacia otro país.

A pesar de la dimensión actual de la migración internacional y de que se trata de un fenómeno que se ha presentado desde siempre en todo el mundo, pero que en la era de la globalización está adquiriendo enormes dimensiones, (Según la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos el tres por ciento de la población mundial es migrante) no se ha establecido, en el contexto mundial, un procedimiento definido para la regulación del fenómeno, quedando en manos de cada Estado el tratamiento que particularmente de a cada caso según su legislación interna. Pues si bien el Derecho internacional reconoce como un derecho fundamental de las personas la libertad de salir del país y el de regresar al propio, en ningún ámbito es reconocido

el derecho de entrar a un país que no es el propio, “los Estados retienen la prerrogativa soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales, incluidos aquellos en situación irregular” (OACDH. O.N.U , 2015). Sin embargo los Estados si tienen la obligación de reconocer los tratados y la protección que de ellos se desprenden en materia de derechos humanos. De hecho, la ICRMW (Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares) reconoce el derecho de los Estados a imponer condiciones y exigencias especiales para regular la entrada de los trabajadores migrantes y de sus familiares a fin de controlar sus fronteras y reglamentar su estancia.

El ACNUDH (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) ha fortalecido el marco jurídico mediante el cual se busca proteger a los migrantes y apoyar a los Estados en el cumplimiento de tal propósito. Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes y el Comité sobre los derechos de los trabajadores migratorios, señalan que a pesar de la autonomía de las Naciones para establecer condiciones de entrada y residencia en sus territorios, tienen la “obligación de respetar, proteger y cumplir con los derechos humanos de todas las personas que estén bajo su jurisdicción” (OACDH. O.N.U , 2015) .

Los Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales del ACNUDH recomiendan tres principios fundamentales:

1. La primacía de los derechos humanos: los derechos humanos constituirán el núcleo de todas las medidas de gobernanza de fronteras.
2. No discriminación: se protegerá a los migrantes contra toda forma de discriminación en las fronteras.
3. Asistencia y protección contra cualquier daño: los Estados considerarán las circunstancias individuales de todos los migrantes en las fronteras y garantizarán su protección efectiva y su acceso a la justicia. (OACNUDH. O.N.U., 2014)

Los Principios hacen una recomendación especial a los Estados receptores de inmigrantes frente al caso de los niños a quienes se considera objeto de especial interés independientemente



de su situación o condición migratoria o la de sus padres. Las diez directrices recomendadas se refieren a:

1. Protección contra la xenofobia mediante campañas educativas dirigidas a diferentes sectores de la sociedad. Se recomienda usar el término irregular para aquellos que no tengan clara su situación jurídico-migratoria en reemplazo del término ilegal por su connotación.

2. La entrada irregular de migrantes o su rescate en situaciones de emergencia no se deben considerar delito. Se deben sancionar a quienes hagan uso excesivo de la fuerza, la criminalidad y la corrupción en las fronteras frente a los migrantes.

3. Las autoridades de fronteras deben estar capacitados para atender a los migrantes con respeto de los derechos humanos.

4. Se deben asegurar y proteger los derechos humanos frente a los migrantes.

5. La garantía de las necesidades que se constituyen como derecho humanos tales como la atención médica, comida y agua adecuadas, mantas, ropa, artículos de uso sanitario y la oportunidad de descansar. Se exhorta a los Estados a garantizar que todos los migrantes reciban una atención médica necesaria, incluidas las remisiones de salud mental cuando correspondan.

6. Se deben respetar el derecho a la privacidad en los registros de ingreso. Todas las restricciones de entrada deberían cumplir con las normas de derechos humanos, y no debería haber pruebas obligatorias para detectar el VIH, la tuberculosis o los embarazos como parte de las políticas migratorias.

7. Se alienta a los Estados a elaborar directrices prácticas y procedimientos estandarizados para atender a los migrantes. La Directriz afirma que los niños deberían ser identificados rápidamente y que cualquier persona que alegue ser niño debería ser tratada como tal y dársele acceso a los procesos adecuados. Además, los supervivientes a la tortura, la violencia y el trauma deberían ser remitidos a servicios médicos y psicosociales, y debería evitarse la repetición del trauma en cualquier medida que se adopte en las fronteras.

8. Cuando la detención sea necesaria, las condiciones en los centros en los que se detenga a los migrantes deberían cumplir con las normas internacionales y asegurar a los migrantes la comunicación con sus autoridades consulares, así como con los actores pertinentes en materia de derechos humanos.

9. Los migrantes no deberían ser retornados a situaciones de miseria o a condiciones inhóspitas donde su seguridad o derechos humanos se encontraran amenazados, como sucede con las deportaciones a las llamadas «tierras de nadie» entre fronteras.

10. Se exhorta a los Estados a incluir garantías explícitas en materia de derechos humanos en las disposiciones y acuerdos de cooperación que se celebren entre países. (OACDH. O.N.U , 2015)<sup>6</sup>

No obstante la copiosa normativa internacional orientada a la protección de los derechos de los migrantes, es un hecho que en todos los países del mundo son sometidos a la condición de marginados y de excluidos, situación que se agrava en los que, además de inmigrante, tienen la condición de irregulares. El inmigrante irregular tiene una condición especialmente vulnerable pues no tiene facilidades para acceder al ejercicio de derechos mínimos, situación exacerbada en el caso de los niños y niñas. El temor a ser identificados y expulsados del país les impide el ejercicio de derechos básicos como la salud, la educación, la justa remuneración por el trabajo y contar con un domicilio en que se pueda notificar de acciones legales (Jacome Sanchez, 2013). A pesar de la aceptación de convenios y tratados internacionales que compromete a las naciones a reconocer y respetar los derechos de los migrantes irregulares, lo cierto es que hay una marcada tendencia, que cada día se observa más en naciones europeas y en los EEUU, a descuidar la atención de este sector de la población. Recientemente se evidenció una respuesta restrictiva y agresiva de gobierno de los EEUU frente a los hijos menores de inmigrantes irregulares en este país (CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. , 2015).

Como lo señala Ortega Velásquez, respecto de la condición de los menores inmigrantes irregulares, en la actualidad en mundo se debate entre dos extremos normativos, uno de carácter supranacional “incluyente de protección, referido a la protección internacional de los derechos del niño”, y otro “excluyente de control, referido a las políticas nacionales de control de la migración irregular”. (Ortega Velasquez E. , 2015) A menudo sucede que las políticas migratorias tienden a reducir los derechos de los migrantes y exacerbar su inseguridad. Cuando los Estados se niegan a generar sistemas de migración legales, los migrantes experimentan altos

---

<sup>6</sup> Algunos contenidos de reflexión sobre nuestra realidad pueden ser consultado en el estudio Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX (Arboleda Ramírez, 2014).

niveles de riesgo y explotación que se produce principalmente por factores como el contrabando, tráfico, trabajo forzado y falta de derechos laborales y humanos se convierten en el común denominador de esta población (Castle, 2010).

### 3. MIGRANTE IRREGULAR: PRECISIÓN DEL CONCEPTO

Aunque algunos autores aseguran que la migración irregular es un fenómeno multifacético, difícil de definir (Düvell, 2006), es necesario una aproximación a un concepto que involucre los elementos que la identifican frente a otros fenómenos sociales, para, a partir de allí, establecer los derechos que en el plano internacional se han reconocido a estos sujetos.

La comunidad internacional distingue entre migrantes documentados o regulares e indocumentados o irregulares. Los primeros son inmigrantes cualificados, que cumplen con todas las condiciones legales y reglamentarias para ingresar o permanecer en un país distinto a su origen. El migrante irregular, en cambio, es quien entra de forma ilegal o que, al vencer el término de su legalidad, no deja el país de acogida. Ellos son los que se suelen llamar “clandestinos” o “sin papeles”, y que la OIM –Organización Internacional de Migración precisa como “migrante indocumentado” o “migrante en situación irregular”.

En este sentido la practica internacional ha señalado que “los migrantes se pueden definir como personas que se encuentran fuera del territorio del cual son ciudadanos o nacionales, y que no disfrutan de la condición de refugiado, de residente permanente ni de otra condición similar, ni tampoco de la protección legal que otorgan los acuerdos diplomáticos. Esta definición se aplica a los individuos que cumplen los criterios anteriormente señalados sin importar la forma en que cruzaron la frontera o si su estadía en un país de tránsito o de destino, es legal.” (ICHRP. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2011) De manera tal que la migración pueda ser regular o irregular, ello dependerá del estatus o la situación jurídica en que la persona se encuentre por su ingreso al país o por su permanencia en él. Así en el mismo Informe de políticas del organismo antes referido se señala que Migrante Irregular, “es la persona que carece de condición legal en un país anfitrión o de tránsito. Es aquella persona que ingresa a un Estado sin autorización o que entra a un país legalmente pero después pierde la autorización para

permanecer en él. Se le denomina también migrante indocumentado” (ICHRP. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2011).

Concordante con lo anterior, la Convención de Naciones Unidas sobre Trabajadores Migratorios de 1990 (CDTM) en su artículo 5° inciso b hace alusión a los trabajadores migratorios en situación irregular, diciendo que son “aquellos que no han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”, y, sin embargo, realizan dicha actividad.

A su turno, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) de 2006 definió como "migrantes irregulares" a las personas que “habiendo ingresado ilegalmente o tras el vencimiento de su visado, dejan de tener status legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país o cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor (también llamado clandestino/ ilegal/migrante indocumentado o migrante en situación irregular)” (OIM, Glosario sobre Migración, Ginebra, OIM, 2006, p. 43).

Han sido múltiples las denominaciones que se han atribuido para significar cuando una persona ingresa o vive en un país del cual no es ciudadano o ciudadana, violando sus leyes, regulaciones y políticas migratorias, para ello y con relativa frecuencia, se utilizan otros términos semejantes como “migración ilegal, indocumentada, no autorizada o clandestina” (Castle, 2010). No obstante, acogiendo la experiencia internacional se considera acertada la utilización de un descriptor neutral como lo es la ‘migración irregular’, evitando con ello adjetivos que, contrario al deber ser, contribuyen a la discriminación o estigmatización de un grupo humano que ya de por sí es vulnerable.

La comunidad internacional ha optado por el término irregular por cuanto decir que una persona es ilegal, resulta ser una descripción inapropiada del fenómeno, porque lo ilegal o ilícito, tiene una connotación normativa que se relaciona con la idea de delincuencia, siendo la razón fundamental para no ser un término de aceptación, por lo que se evita su uso, lo que encuentra respaldo en informes de políticas de derechos humanos cuando se afirma que “en el ámbito ético

y jurídico, un acto puede ser legal o ilegal, mas no así una persona. El ingreso a un país de forma ilegal, o la permanencia en él en condición irregular, no constituye una actividad delictiva, sino una infracción de las regulaciones administrativas” (ICHRP. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2011).

Al referirse a migrantes clandestinos o indocumentados, se dejarían de lado a los migrantes que entran legalmente en el país de destino, por ejemplo con un pasaporte de turista, y que luego violan las condiciones de entrada, ya sea como cuando ocupan un puesto de trabajo, o a los que cuentan con documentos falsos, fenómeno que, según la OIM, se llamaría migración clandestina. Sin embargo, son términos que se usan comúnmente, incluso en el ámbito académico (Ortega Velázquez, 2015). La OIM se refiere al extranjero indocumentado en estos términos: “Extranjero que entra o permanece en un país sin la documentación requerida. Ello incluye, entre otros, (a) quien sin documentación para entrar al país, ingresa clandestinamente; (b) quien entra utilizando documentación falsa; (c) quien después de haber ingresado con documentación legal permanece en el país después del tiempo autorizado o, si habiendo violado las condiciones de entrada, permanece en él sin autorización” (O.I.M. Organización Internacional para las Migraciones. , 2008).

La realidad socioeconómica de la frontera y las limitaciones presupuestales de las entidades prestadores de servicios de salud, hace que se requiera por parte del Estado mecanismos eficaces que garanticen las transferencias de recursos necesarios para la atención de la población migrante en estado de vulnerabilidad. Así mismo, se necesita fortalecer el proceso administrativo de identificación, clasificación y regularización de la “población pobre no asegurada” para garantizar la atención integral del migrante extranjero, por cuanto actualmente las disposiciones normativas y la jurisprudencia limitan el derecho como ya se mencionó anteriormente. (Celemin, 2017)

Se asume el término de ‘migrantes irregulares’ por ser el que resulta de mayor aceptación en la comunidad internacional. Existen otros actores en el contexto de la migración internacional,

como el caso de los refugiados, cuyas diferencias con los primeros son considerables, aunque algunos medios de comunicación los confunden usando los términos sin hacer distinción alguna.

Se ha dicho hasta ahora que son múltiples los factores que inciden en la migración internacional, y sea que se trate de migrantes regulares o irregulares, el fenómeno se da principalmente para mejorar su calidad de vida, lo que implica que la persona que decide inmigrar (entrar) o emigrar (salir) de un territorio, parte de una decisión propia o de una elección de trasladarse; se trata de una decisión libre que responde a las conveniencias personales, si bien en la mayoría de los casos obedece a una necesidad imperiosa de supervivencia frente a las condiciones económicas, políticas, sociales, por ejemplo.

Por su parte, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 define quién es un refugiado y delimita los derechos básicos que los Estados deben garantizarles. El Protocolo de 1967 y otros instrumentos legales, tales como la Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de 1969, o la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, constituyen el marco normativo actual de la protección de los refugiados. Según lo define la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de la ONU de 1951, modificado en 1967 en su artículo 1°:

Los refugiados son personas que huyen de conflictos armados o persecución debido a fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (ONU, 1951).

Dada estas connotaciones los refugiados tienen derecho a pedir asilo siempre y cuando puedan demostrar que provienen de un país en conflicto donde las circunstancias antes aludidas le

obligan a buscar refugio fuera de sus fronteras. Son reconocidos como tal, precisamente porque es muy peligroso para ellos volver su país y necesitan asilo en algún otro lugar.

Entonces lo que distingue a un refugiado de un migrante irregular son los motivos por los cuales dejaron sus países. Mientras un migrante tiene opciones, un refugiado sale de su país pues ya no tiene ninguna opción para sobrevivir en él. Pero también, se distinguen por los derechos que adquieren en el país de llegada. De acuerdo a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, ningún país puede deportar a un refugiado a su país de origen, mientras sí lo puede hacer con un migrante (Díaz Lameiras, 2015).

De ahí, la importancia de la delimitación de estos conceptos, puesto que de lo contrario como lo sostiene la Agencia de la ONU para los Refugiados “Confundir refugiados y migrantes puede tener serias consecuencias en la vida y la seguridad de los refugiados. Mezclar los dos términos desvía la atención de las salvaguardas legales específicas que los refugiados requieren. Puede perjudicar el apoyo público hacia los refugiados y la institución del asilo en un momento en que más refugiados que nunca necesitan dicha protección”. (ACNUR, 2015).

Otro concepto relacionado pero completamente diferente al de inmigrante irregular es el de apátrida, que, en los términos de la OIM (Organización Internacional para las Migraciones) es la:

...persona que ningún Estado considera como nacional suyo, conforme a su legislación. (Art. 1 de la Convención sobre el estatuto de los apátridas, de 1954). Como tal, un apátrida no tiene aquellos derechos atribuibles a la nacionalidad, como por ejemplo, en el contexto de la protección diplomática de un Estado en que el principio aplicable es que un Estado solamente puede ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales. Por tanto, el apátrida sólo podrá disfrutar de la protección diplomática “en el momento del perjuicio y en la fecha de la presentación oficial de la reclamación, tenga residencia legal y habitual en ese Estado.” (Art. 8 del proyecto de artículos sobre la protección diplomática, adoptado por la CDI, en 2004). No tiene, además, los derechos inherentes a la condición de residente legal y habitual en el

Estado de residencia temporal, ni el derecho al retorno, en el caso de que viaje (OIM, S/F).

No obstante la actitud actual de las sociedades frente al tema de los inmigrantes, no se trata de un fenómeno actual, de hecho, a pesar de los altos índices de migrantes en diferentes partes del mundo, lo cierto es que la humanidad ha conocido movimientos migratorios más grandes en diferentes momentos de su historia. Entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX se registraron altas tasas de migración desde Europa a EEUU, Argentina y Canadá; similar fenómeno se presenta en el periodo comprendido entre la década de 1940 y 1990 desde países de Latinoamérica hacia Venezuela, fenómeno que hoy día se revierte.

Ahora, si bien las tasas e índices de migraciones están creciendo en las últimas décadas, fruto entre otras razones de la globalización, también se hace más diversa, “sobre todo, aunque no sólo, en términos de orígenes nacionales” (Arango, 2007). En estos términos se trata de un fenómeno propio de la globalización que afecta un número mayor de países a los que se consideraban como destinos hasta hace unas décadas. Así por ejemplo en las primeras décadas del siglo XX la mayor parte de los migrantes provenían de Europa y los destinos eran cinco grandes países: Estados Unidos, Argentina, Brasil, Canadá y Australia, aunque un grupo importante desembarcó en otros países latinoamericanos, como Venezuela. En el siglo XXI el destino ha cambiado, si bien Estados Unidos continúa siendo el destino más apetecido, hay otros diez países que están recibiendo importantes flujos migratorios de forma sostenida y sistemática. Arango explica: “La mayor parte de ellos se agrupan en cuatro grandes sistemas migratorios internacionales – Norteamérica, Europa occidental, la región del Golfo Pérsico y la cubeta occidental del Pacífico –, que pueden calificarse de mundiales por ser destinatarios de flujos procedentes de múltiples procedencias” (Arango, 2007). A los anteriores se deben agregar otras naciones latinoamericanas que están recibiendo en el último lustro un número alto de migrantes procedentes de Venezuela.

#### 4. Niños y niñas: sujetos de especial protección

En primer término se debe aclarar que de acuerdo con la Convención sobre los derechos del niño son considerados como niños, niñas y adolescentes a todas las personas menores de 18 años de



edad. De manera tal que se califican como niños migrantes a los niños, niñas y adolescentes menores de dieciocho (18) años que hacen parte, solo, con su familia o en otros grupos, de un proceso de migración sin importar las causas que generan esa migración o las condiciones en que se presenta.

Como integrantes de la población migrante en situación irregular, los niños y niñas ocupan una posición particularmente vulnerable, son niños, migrantes y personas en situación irregular, ello hace que requieran mayor asistencia y protección de la sociedad (Ortega Velázquez, 2015). Si tomamos los datos estadísticos, podremos observar con facilidad, que no son pocos los niños migrantes que se encuentran expuestos a dificultades en el acceso a garantías que le son inherentes. Según el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del MERCOSUR en el año 2013 existían 231.522.215 personas migrantes a nivel mundial, de las cuales 61.617.229 correspondían a las Américas. A su vez, del total de personas migrantes en nuestro continente, se estima que 6.817.466 eran menores de 19 años (IPPDH, 2016, pág. 17).

Son múltiples los instrumentos internacionales que se han adoptado para la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en las últimas décadas. Esta amplia gama se justifica en la vasta cantidad de temas que comprenden sus derechos. No obstante, todos estos instrumentos tienen como punto de partida la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, por ser sin duda, el principal tratado internacional de protección de los derechos humanos de la infancia, dada su aceptación general y por agrupar de forma completa una serie de principios aplicables a *todos* los niños, quienes se definen en su artículo 1° como toda persona menor de 18 años de edad.

No se desconoce que los derechos humanos se aplican a todos los individuos sin distinción, entre los que se encuentran los niños y niñas. Sin embargo, hay circunstancias que hacen de éstos un grupo de especial vulnerabilidad, que implica la adopción de derechos concretos que reconozcan sus necesidades de protección reforzada. Entre las razones que se han aducido para justificar la protección especial de estos sujetos se ha señalado que los niños y niñas son individuos que comienzan su vida como seres completamente dependientes, las medidas que adoptan los gobiernos tienen repercusiones más graves sobre la infancia que sobre cualquier otro grupo social, sus opiniones poco o nada se toman en cuenta en el proceso político porque no votan, los

cambios en la sociedad tienen repercusiones desproporcionadas en la infancia y su desarrollo sano es crucial para el futuro y bienestar de cualquier sociedad (IPPDH, 2016).

De ahí que en la Convención sobre los derechos del niño se hayan fijado como principios fundamentales el interés superior del niño, la igualdad y no discriminación, el derecho a expresar su opinión y ser escuchado y el derecho a la vida, principios que sustentan el conjunto de obligaciones específicas y complementarias para los Estados parte de la Convención, que buscan proteger todos los derechos reconocidos a los niños y las niñas, lo que involucra obviamente a quienes además de ser niños tienen la condición migrantes en situación irregular, y esto es claro, pues la Convención no discrimina la condición de niño para reconocerle derechos, de manera tal que, cualquiera sea la nacionalidad, condición migratoria o legal, el niño tiene unos derechos reconocidos por la humanidad a través de los diferentes instrumentos del derecho internacional; por otro lado, porque el órgano autorizado para interpretar la Convención ha manifestado de forma explícita en su Observación General núm. 6 (2005) que:

El disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado Parte, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración. De esta forma, la CDN protege a los niños migrantes irregulares sin discriminación alguna y los Estados que se han vinculado en sus términos están obligados a respetar y garantizar los derechos que contiene a *todos* los niños presentes en su jurisdicción” (Ortega Velázquez, 2015).

Por su parte el Estado Colombiano, como parte de esta Convención, ha adoptado en su legislación interna sus disposiciones, por ello encontramos que mediante Ley 12 de 1991, el Congreso aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificando en el artículo 44 del texto constitucional, la obligación de respeto y garantía de sus derechos fundamentales al establecer:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás (Constitución política, 1991).

A partir de esta cláusula de prevalencia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus especial al considerarlos como sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna. Esta protección especial de la niñez y preservación del interés superior para asegurar el desarrollo integral se encuentra consagrada en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia. (Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. , 2011).

Entonces, los niños migrantes irregulares que residen en el territorio nacional se encuentran amparados por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin importar su condición migratoria, de manera que su estatus de irregularidad no los excluye de los derechos humanos, máxime por la protección reforzada que debe ser otorgada por parte del Estado Colombiano.

Se aclara el término adecuado para este caso es el niño y no el de menor en la medida en que es el tratamiento que se les da desde el derecho internacional pues la Convención de Naciones Unidas se refiere a los Derechos del Niño y lo define en el artículo 1 como: “todo ser humano

menor de dieciocho años de edad” (ONU. ACNUDH., 1989, pág. Art.1). A diferencia el menor es una condición jurídica que varía de un Estado a otro. Sobre este aspecto explica Ortega Velázquez que en el sentido literal de la expresión menor se estaría refiriendo a alguien que está por debajo, que es menos, menor significa que “que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad” (RAE) por lo que no es aconsejable su uso para referirse a los derechos de los niños, pues estos no son menos que los adultos, por el contrario , dados que son sujetos de especial interés de la sociedad, en realidad son más que los adultos (2015).

Lo anterior plantea un conflicto normativo frente a su condición, pues de una parte el Estado debe considerarlo como lo que son: niños lo que implica la aplicación de un sistema normativo garantista, por encima de cualquier consideración; pero al mismo tiempo el Estado tiene un conjunto normativo que regula las condiciones de los extranjeros dentro de su territorio, que, en la mayoría de los casos es restrictivo. Precisamente, por esta razón, se debe aclarar que, antes que migrantes son niños en consecuencia se les debe llamar como tal, primero niños y luego migrantes: “niños migrantes”, pues el tratamiento jurídico de los migrantes es diferentes del de los niños. Como lo afirma Ortega: “Un niño es niño ante todo, su calidad de extranjero o, aún más, de migrante irregular, es algo secundario que no debe obstaculizar ninguna de las garantías previstas para los niños, quienes forman parte de un grupo social muy vulnerable” (2015).

Desde el PICUM (Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Inmigrantes Indocumentados) se identifican las diferentes condiciones sociales y familiares en que se encuentran los niños migrantes en situación irregular en Europa; estos pueden ser: niños sin permiso de residencia; niños con visados caducados o que forman parte de familias cuyas solicitudes de asilo han sido rechazadas; niños que han entrado en el país de forma irregular, solos o con su familia; niños con estatus regular pero que viven con padres o tutores en situación irregular”, (PICUM, 2013), como los nacidos en el Estado receptor pero cuyos padres se mantienen en condición irregular.

El disfrute de los derechos estipulados en la Convención no está limitado a los menores que sean nacionales del Estado firmante, de modo que, salvo estipulación expresa en contrario en la Convención, serán también aplicables a todos los menores —sin excluir a los solicitantes de asilo, los refugiados y los niños migrantes— con independencia de su nacionalidad o apatridia, y situación en términos de inmigración. En términos claros y generales, los Estados tienen

obligaciones respecto de todos los niños que se encuentren dentro de su territorio, sean residentes o estén en tránsito, sean regulares o irregulares incluyendo aquellos cuya presencia dentro del Estado se haya logrado mediante medios ilícitos o ilegales. Estas obligaciones están referidas a los cuatro principios fundamentales de la Convención de los derechos del niño son: 1) La no discriminación; 2) El interés superior del niño; 3) El derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo y, 4) La participación infantil.

Todo lo anterior no obstante la protección que se desprende del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que reconocen la totalidad de derechos a cualquier persona, independientemente de que se trate de un mayor o un niño, o que sea regular o irregular.

## 5. Instrumentos internacionales para la protección del derecho a la salud de la población migrante

### 5.1 Del sistema universal

Si bien como lo señala el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, son pocas las fuentes que hacen referencia específica a los derechos de los migrantes, el hecho de que en los tratados de derechos humanos se haya utilizado un lenguaje inclusivo, implica que sus disposiciones deben aplicarse a todas las personas sin coartar las garantías que allí se prevén a no nacionales, incluyendo a los migrantes irregulares. (ICHRP. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2011).

En ese orden de ideas, encontramos que en el Sistema Universal de Derechos Humanos, creado por la organización de Naciones Unidas (ONU) existen mecanismos convencionales de protección a través de los cuales los Estados han adquirido una serie de compromisos entre los que se encuentra como común denominador el garantizar el ejercicio de los derechos, 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.

Así se advierte en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), tratados internacionales que propugnan por la

libertad, la justicia y la paz en el mundo teniendo como base el reconocimiento de los principios de igualdad y dignidad. Éste último instrumento consagra, entre otros, los derechos que se han denominado de segunda generación y que tienen un desarrollo progresivo y prestacional a cargo de los Estados, que varía dependiendo de los recursos con que éste cuenta para ello, pues como lo señala el artículo segundo “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (OACDH. O.N.U. Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, 1966).

Pero además se agrega que “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos” (OACDH. O.N.U. Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, 1966).

Este último postulado, es el que ha servido de excusa para que los Estados restrinjan los derechos de los migrantes irregulares, sin embargo la misma disposición parte del supuesto de la garantía de sus derechos humanos a todas las personas en general, sin distinción, luego lo que debe entenderse es que de acuerdo a sus condiciones económicas los países en desarrollo tienen la libertad de definir las medidas e instrumentos mediante los cuales ofrecerá protección y garantía a los derechos económicos, sociales y culturales a los inmigrantes.

Uno de los derechos que se encuentran consagrados en este pacto internacional, es el derecho a la salud, y constituye la definición más autorizada del derecho internacional de los derechos Humanos, al establecer en su artículo 12 lo siguiente:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
  - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. (OACDH. O.N.U. Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, 1966)

Cabe destacar que dentro de este sistema universal, cada tratado internacional cuenta con un órgano de vigilancia que supervisa la aplicación de cada pacto, y es así como El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo que vigila el PIDESC, ha desarrollado una serie de observaciones sobre el derecho humano a la salud. Así, encontramos la Observación General N° 14 que define que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” (O.N.U., 2000)

En este documento el comité también estableció los criterios para el pleno disfrute del derecho a la salud, señalando que este derecho comprende el disfrute de una gran variedad de establecimientos, bienes, servicios y condiciones - que deben regirse por condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, precisando que "más alto nivel posible de salud", a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, involucra tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado (O.N.U., 2000).

En la Observación general N° 20 el mismo Comité trató el tema de la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, y recordó que según el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados partes deben "garantizar el ejercicio de los derechos 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" (1966), de lo que infirió que la nacionalidad no debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto, como el derecho

a la salud, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean. Expresamente se dijo lo siguiente:

No se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad, por ejemplo, todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible. Los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean (O.N.U. Comité de derechos económicos, sociales y culturales, 2009).

Otro de los instrumentos que hace referencia indirecta a los derechos de los migrantes es la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (ICERD, adoptada en 1965; en vigor desde 1969). En dicho tratado los Estados se comprometen a eliminar la discriminación racial en todas sus formas. Y de acuerdo con el Comité que vigila su aplicación, en la Observación general N° 30 sobre la discriminación contra los no ciudadanos, señaló que los Estados Partes tienen que asegurarse de que todas las garantías legislativas contra la discriminación racial se apliquen a todas las personas, independientemente de su condición de inmigrantes o de su nacionalidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, adoptada en 1989; en vigor desde 1990), también incluye el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud. Además, establece un marco de protección aplicable a todos los niños:

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición



económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales ( (ONU. ACNUDH., 1989)

Como puede verse, todos estos tratados aluden al derecho a la salud y desde diferentes perspectivas se hace ver que este derecho humano, debe ser garantizado sin distinción alguna.

Pero, como si ello no fuera suficiente, la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores Migratorios y de sus familiares, (ICRMW, adoptada en 1990; en vigor desde 2003) es un instrumento internacional de derechos humanos que hace referencia explícita a los derechos de los migrantes, reconociendo el derecho de *todos* los trabajadores migrantes y sus familiares entre otros, a la atención médica de urgencia, a la igualdad de trato con los nacionales y el acceso a los servicios de salud.

En el documento Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia, se hace un resumen de todos los derechos humanos que deben garantizar los Estados a todos los migrantes, sin importar su condición, señalando entre ellos “La salud; atención de la salud en casos de emergencia financiada por el Estado, cuando esté disponible dentro del Estado y otras formas de asistencia social necesarias para preservar la vida” (CIPDH. Centro internacional para la promoción de los Derechos Humanos. , 2010)

De manera que tácita y expresamente, el derecho a la salud, como derecho económico, social y cultural que propugna por el más alto nivel de bienestar, también constituye una garantía de la que son titulares las personas migrantes que se encuentran en situación irregular.

Correspondiente con todo lo anterior, hay que decir que uno de los primeros instrumentos internacionales que reconocieron el derecho a la salud fue la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (creada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19/06-22/7/1946, firmada el 22/07/1946 por los representantes de 61 Estados, y que entró en vigor el 07/04/1948)), y de la cual forma parte Colombia desde el 14 de mayo de 1959. Allí se reconoce que la salud no es solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, sino un estado de completo bienestar físico, mental y social y el goce del grado máximo de salud que se pueda

lograr reiterando como se ha visto en los instrumentos a que hemos hecho alusión que es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

El 24 de mayo de 2008, se aprobó la Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud 61.17 sobre la salud de los migrantes, en donde se exhorta los Estados miembros, entre otras cosas “1) a que promuevan políticas de salud que tengan en cuenta a los migrantes; 2) a que fomenten un acceso equitativo de los migrantes a la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades y la atención sanitaria, de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales, y creen mecanismos para mejorar su salud, sin discriminación por motivos de género, religión, nacionalidad o raza” (O.I.M. Organización Internacional para las Migraciones. , 2008).

Como puede verse el derecho a la salud, constituye uno de los derechos humanos que los Estados están comprometidos a garantizar, indistintamente de que se trate de una persona migrante, que se encuentre en situación regular o irregular.

En la reciente Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU: “Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomienda que “Todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado de que se trate deben disfrutar de los derechos recogidos en el Pacto. Esto incluye a los solicitantes de asilo y los refugiados, así como a otros migrantes, incluso si su situación en el país de que se trate es irregular” (O.N.U. Comité de derechos economicos,sociales y culturales, 2017). Sin embargo, es claro el pacto en el sentido en que las obligaciones de los Estado no pueden ir más allá de lo que le permita “el máximo de los recursos de que disponga cada Estado parte”. Ello no quiere decir que el Estado parte pueda “aplazar indefinidamente la adopción de medidas para garantizar los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción” (2017). El Pacto establece para los Estados parte un conjunto de obligaciones que tienen por objeto darle protección inmediata a refugiados y migrantes, incluyendo a los que estén en situación de irregularidad.

En la declaración citada el Comité establece que los Estados no pueden dar trato desigual, que desconozca sus derechos, a los inmigrantes irregulares bajo la justificación de falta de recursos disponibles “a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario” (O.N.U. Comité de derechos económicos, sociales y culturales, 2017) (párr. 13). Y es muy clara la declaración en el sentido en que “ todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una educación y una alimentación adecuada y una atención sanitaria asequible” (párr. 30) (2017).

## 5.2 Sistema Interamericano

Como uno de los Sistemas regionales de protección de Derechos Humanos, el Sistema Interamericano del cual hace parte geográficamente el Estado Colombiano, cuenta al igual que el sistema universal, con una serie de instrumentos y órganos de protección. Respecto de los instrumentos se tiene que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) se refiere en el artículo 11 al “Derecho a la preservación de la salud”. A su turno, la Convención Americana de Derechos Humanos, hace alusión en su artículo 26 a los derechos económicos, sociales y culturales señalando que el compromiso de los Estados parte en la plena efectividad de tales postulados es de carácter progresivo y en la medida de los recursos disponibles.

Puntualmente, encontramos que el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como el Protocolo de San Salvador (adoptado 1988; en vigor desde 1999), establece en su artículo 10 el derecho a la salud, entendida como “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (O.E.A. , 1988), para lo cual a título enunciativo señala una serie de medidas que los Estados deben adoptar para garantizar su protección.

Los órganos que componen este sistema son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyas funciones son cuasi judiciales en la observancia y defensa de los derechos humanos, entre

las que se encuentran recibir peticiones individuales y elaboración de informes sobre países, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con doble función judicial y consultiva. En desarrollo de esta última atribución la Corte IDH, se ha pronunciado sobre la situación de los migrantes indocumentados en su Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003.

En esta Opinión consultiva la Corte luego de establecer que realmente los migrantes en situación irregular se encuentren en una situación de vulnerabilidad frente a quienes no lo son, concluye que , “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos,” y que “la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.” (CIDH, Corte Interamericana de Derechos humanos, 2003)

En igual dirección, se emitió la Opinión Consultiva 21/2014, sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional en donde adujo que

...resulta necesario que el Estado receptor de la niña o del niño evalúe, a través de procedimientos adecuados que permitan determinar de forma individualizada su interés superior en cada caso concreto, la necesidad y pertinencia de adoptar medidas de protección integral, incluyendo aquellas que propendan al acceso a la atención en salud, tanto física como psicosocial, que sea culturalmente adecuada y con consideración de las cuestiones de género; que brinden un nivel de vida acorde con su desarrollo físico, mental, espiritual y moral a través de la asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda; y aseguren un pleno acceso a la educación en condiciones de igualdad. Y, ciertamente, ésta y las demás obligaciones señaladas precedentemente, adquieren particular relevancia tratándose de niñas o niños migrantes afectados por alguna discapacidad física o mental que, consecuentemente, el Estado que los recibe

debe prestarle particular atención y proceder a su respecto con la máxima diligencia (CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

No sobra destacar que las opiniones consultivas son herramientas vinculantes y de cumplimiento obligatorio para todos los Estados que han reconocido la Competencia de la Corte IDH, luego resultan estándares de obligatorio cumplimiento que deben ser incorporados al marco normativo nacional, pues de lo contrario, constituye responsabilidad internacional.

Tratados y Acuerdos aprobados y ratificados por países de América.

1. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación racial. Aprobado y ratificado por todos los países de América.
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Todos los países con excepción de Cuba que firmó pero no ratificó.
3. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Asegurar la aplicación de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés). Para ello, faculta al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.) Todos los países con excepción de EEUU que firmó pero no ratificó.
4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todos los países con excepción de Cuba y EEUU que firmó pero no ratificó.
5. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Establece mecanismos de denuncia e investigación para el Pacto Internacional de Derechos Económico). Solo ha sido ratificado por Ecuador, Venezuela, Bolivia, Argentina, Uruguay. Firmado pero no ratificado por Chile, Bolivia, Honduras.
6. Convención sobre la Eliminación de todas las normas de Discriminación contra la mujer. Todos los países con excepción de EEUU que firmó pero no ratificó.
7. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Todos los países con excepción de Rep. Dominicana que firmó pero no ratificó.

8. Convención sobre los Derechos del Niño. Todos los países con excepción de EEUU que firmó pero no ratificó.
9. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Todos los países.
10. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Firmado y ratificado por México, Guatemala, Perú, Chile, Argentina, Paraguay, Guyana; Naciones adheridas: Colombia, Ecuador, Bolivia, Uruguay. Firmado sin ratificar por Venezuela.
11. Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Todos con excepción de Haití.
12. Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Todos con excepción de Colombia EEUU y Guyana.

### 5.3 Vinculación de Colombia a instrumentos internacionales

Se ha presentado hasta aquí una enunciación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos de la población migrante, en particular de los niños, niñas y adolescentes, frente a lo que debe decirse que todos los Estados americanos, incluido el Estado Colombiano, con reservas de Cuba, hacen parte de todo este andamiaje jurídico que involucra la protección de los derechos de los migrantes, en particular a la salud. En el caso colombiano todas estas normas de carácter internacional, hacen parte del bloque de constitucionalidad a la luz de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política en Colombia, como quiera que los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos se integran al ordenamiento jurídico y prevalecen en el orden interno, se ha hecho necesaria la “ratificación” acto internacional a través del cual Colombia ha indicado su consentimiento en obligarse a dichos tratados. (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969)

Es a partir de esta disposición constitucional que la Corte introdujo la doctrina del “bloque de constitucional” a Colombia, la cual representa hoy en día el principal mecanismo de incorporación de normas internacionales que adquieren rango constitucional o supra legal.

Y es que la sola firma del tratado, es apenas una intención por parte del gobierno de obligarse a cumplir los compromisos que involucra el tratado pero no es vinculante, ya que el proceso de incorporación de las fuentes externas al ordenamiento nacional se encuentra previsto en la Constitución e inicia con la firma que hace el Presidente que tiene dentro de sus funciones, según el artículo 189 constitucional “celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso” (Constitucion Política de Colombia, 1991). Pero además para que un tratado sea válido en el sistema jurídico colombiano, debe ser aprobado por el Congreso de la República a través de una ley aprobatoria de tratado. Una vez el tratado ha sido aprobado, la Corte Constitucional tiene la obligación de decidir definitivamente la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, luego de todo lo cual podrá ser perfeccionado por el Presidente de la República, mediante la Ratificación.

De acuerdo con lo anterior, en el cuadro que a continuación se presenta, pueden evidenciarse los tratados, convenios o pactos a los que se ha hecho mención en este capítulo, con indicación de si se encuentra ratificado por el Estado Colombiano y la ley a través de la cual fue aprobado.

<b>Designación del convenio internacional</b>	<b>Ley Aprobatoria N°/fecha</b>	<b>Fecha Ratificación DD/MM/AA</b>	<b>Fecha entrada en vigor para Colombia DD/MM/AA</b>	<b>Organismo/ Observaciones</b>
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	Ley 74 de 1968	29/10/69	23-03-76 Art. 49	ONU

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	Ley 74 de 1968 D.O. 32.681	29/10/69	23-03-76 Art. 49	ONU
Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Pacto de San José"	Ley 16 de 1972 D.O.33,780	31/07/73	18/07/78 Art. 74 (2)	OEA/ Aceptación de la Jurisdicción Obligatoria de la Corte IDH. Para hechos posteriores a la aceptación
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador"	Ley 319 de 1996 D.O.42.884 Decreto 429 de 2001	23/12/97	16/11/99	OEA
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Ley 74 de 1968 D.O. 32681	29/10/69	03/01/76 Art. 27	ONU
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	Ley 70 de 1986 D.O. 37,737	08/12/87	08/01/88	ONU



Convención sobre los Derechos del Niño	Ley 12 de 1991 D.O.39.640 Decreto 0094 de 1992	13/12/97	01/03/96	ONU/ Declaración: Colombia Declara que para los efectos de las Disposiciones contenidas en el numeral 2° y 3° del artículo 38 de la Convención, se entiende que la edad a la que se refiere los numerales citados es la de 18 años.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	Ley 22 de 1981 D.O.38070	02/09/81	02/10/81	ONU
Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares	Ley 146/94 D.O. 41.444	24/05/95	01/07/03	ONU / Colombia presentó reserva a los artículos 15, 46 y 47. Acto 146/94

Fuente: A partir de: Colombia frente a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y derecho Internacional humanitario. (Cancillería de Colombia, S/F)

La Corte interamericana de Derechos Humanos respecto del alcance de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, en particular sobre la vinculación de manera directa con la aplicación del principio de igualdad y no discriminación de los extranjeros, independientemente de sus condiciones migratorias señaló:

“Los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana y de las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19 (derechos de los niños). La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño. La Corte reiteró que este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, así como en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña” (CIDH, 2013)

La Corporación internacional abordó la prevalencia de los derechos de los niños y niñas, y el tema de la salud, recordando que los Estados tiene la responsabilidad de que los niños no sufran desnutrición u otras enfermedades, así como que se debe garantizar el acceso a la salud:

“Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial

atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad. Esta Corte ha establecido que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su condición se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos” (CIDH, 2010)

De manera que ante la violación de los compromisos y obligaciones que han adquirido los Estados en virtud de los instrumentos internacionales que protegen a los niños, niñas y adolescentes, eventualmente la comunidad internacional y concretamente los órganos de protección de derechos humanos puede atribuirle responsabilidad a un Estado cuando las políticas migratorias que se implementan contrarían o no toman en cuenta los principios de igualdad, no discriminación ni reflejan el interés superior de estos sujetos de especial protección.

## 6. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN COLOMBIA

De cara a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que se han mencionado, en el plano interno el Estado Colombiano también ha concebido el derecho a la salud, cuya naturaleza jurídica ha sido fruto de una evolución legal y jurisprudencial que hoy por hoy se asimila los postulados internacionales.

A pesar de la consagración constitucional del derecho a la Salud como un derecho inherente a la persona humana a partir de los artículos 44 y 49 de la Constitución Política de 1991, esta garantía fue inicialmente concebida como un derecho simplemente prestacional, sin embargo, como consecuencia de la labor jurisprudencial, hoy en día se considera un derecho fundamental autónomo. Este avance no fue de la noche a la mañana sino que comprende una serie de etapas que se dieron gracias al influjo directo de la Corte Constitucional que inicialmente consideró “como un derecho de doble connotación –fundamental y asistencial–, luego como un derecho fundamental por conexidad, posteriormente como un derecho fundamental con relaciones a determinadas poblaciones –adulto mayor, personas en estado de discapacidad, población en estado de desplazamiento–, seguidamente como fundamental con relación a los contenidos del

Plan Obligatorio de Salud y, finalmente, parece haberse reconocido como un derecho fundamental per se” (Gañan Echeverria, 2013)

Inicialmente el Sistema de Seguridad Social en Salud diseñado mediante la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la ley 1438 de 2011, contemplaba como principios fundantes el de la eficiencia, solidaridad, integralidad, unidad, participación y por supuesto el de universalidad que implica que: “El Sistema general de seguridad social en salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida” (Ley 100 de 1993. Colombia, 1993). Este principio se encuentra desarrollado en el artículo 32 de la citada ley que textualmente impone la obligatoriedad de afiliación de todos los residentes en el país al Sistema general de seguridad social en salud, fijando la hoja de ruta a seguir cuando una persona requiera atención en salud y no se encuentre afiliada, así:

“32.1 Si tiene capacidad de pago cancelará el servicio y se le establecerá contacto con la Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo de su preferencia.

32.2 Si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, esta será atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin.  
(...)

**Parágrafo 1º.** A quienes ingresen al país, no sean residentes y no estén asegurados, se los incentivará a adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud para su atención en el país de ser necesario” (Ley 100 de 1993. Colombia, 1993).

En idéntica dirección la Ley estatutaria 1751 de 2015, consagra la salud como derecho fundamental e involucra además otros principios como el de prevalencia de derechos, pro homine, continuidad, accesibilidad, aceptabilidad, disponibilidad, calidad, progresividad, y también el de la universalidad en el sentido que “Los residentes en el territorio colombiano gozaran efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida”.(2015)

De ahí que dable es sostener que en Colombia el Sistema General de Seguridad social en salud, garantiza la protección del derecho a la salud a todos los residentes en el territorio nacional, lo que abarca tanto a nacionales como extranjeros.

Ahora bien, el artículo 100 de la Carta Política señala que “los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros” (Constitución política, 1991).

En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano permite que no solo los nacionales puedan afiliarse al sistema, sino que también los extranjeros siempre y cuando acrediten un documento válido para el efecto. Así lo deja ver el Ministerio de Salud y Protección Social al emitir el Decreto 780 de 2016, consagrando en el artículo 2.1.3.2 como obligatorio la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud para todas las personas que residen en el país. Dicha normatividad estableció que las personas (nacionales y extranjeros) que deseen afiliarse al Sistema y, en consecuencia, acceder a los servicios de salud ofrecidos, deben contar con alguno de los siguientes documentos:

“Artículo 2.1.3.5. Documentos de identificación para efectuar la afiliación y reportar las novedades. Para efectuar la afiliación y reportar las novedades, los afiliados se identificarán con uno de los siguientes documentos:

1. Registro Civil de Nacimiento o en su defecto, el certificado de nacido vivo para menores de 3 meses.
2. Registro Civil de Nacimiento para los mayores de 3 meses y menores de siete (7) años de edad.
3. Tarjeta de identidad para los mayores de siete (7) años y menores de dieciocho (18) años de edad.
4. Cédula de ciudadanía para los mayores de edad.
5. Cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda, para los extranjeros.
6. Pasaporte de la Organización de las Naciones Unidas para quienes tengan la calidad de refugiados o asilados. (2016)

Es por lo anterior que la Corte Constitucional en sentencia T-314 de 2016 dejó claro que,

El sentido de la norma indica que todos los ciudadanos, deben tener un documento de identidad válido para poderse afiliar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, toda vez que la misma norma da opciones para diferentes personas, tanto mayores como menores de edad, y nacionales y extranjeros. Por lo tanto, si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, no puede presentar el pasaporte como documento de identificación válido para afiliarse al sistema, en la medida en que la ley consagra la obligación de regularizar su situación a través del salvoconducto de permanencia, el cual se admite como documento válido para su afiliación. (Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2016)

No obstante, a pesar de ser requisito que todo extranjero presente el respectivo documento requerido por la ley para afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud, toda persona nacional o extranjera tiene derecho a recibir la atención inicial de urgencias y ésta debe garantizarse sin limitación y sin exigencia previa de ninguna índole. Así el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 indica que “La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el Fondo de Solidaridad y Garantía en los casos previstos en el artículo anterior, o por la Entidad Promotora de Salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento” (Ley 100 de 1993. Colombia, 1993).

En igual dirección el artículo 67 de la ley 715 de 2001 y el 10 de la ley 1751 de 2015, coinciden en señalar que ninguna entidad pública ni privada prestadoras de servicios de salud, puede sustraerse de la obligación de suministrar la atención inicial de urgencia a cualquier persona que lo requiera, “con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno;” (Ley 1751 de 2015 Colombia). De manera tal que, incluso los extranjeros con permanencia irregular en el país, pueden atender sus necesidades básicas y primordiales.

Por ello en cuanto hace a la prestación de los servicios de salud a un extranjero, la Corte Constitucional en la **sentencia C-834 de 2007**, se pronunció indicando que todos los extranjeros que se encuentren en Colombia tienen derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de necesidad y urgencia con el fin de atender sus necesidades más elementales y primarias. Adujo la Corte que los extranjeros: “(i) deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos; (ii) tienen la obligación de cumplir la Constitución Política y las leyes establecidas para todos los residentes en Colombia; (iii) tienen derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de urgencia con el fin de atender sus necesidades básicas, especialmente las relacionadas con asuntos de salud” (Corte Constitucional. Sentencia C-834, 2017)

Es pertinente entonces, esclarecer qué se debe entender por atención de urgencia o atención inicial de urgencias. El Decreto 0412 de 1992 *“por el cual se reglamentan parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones”*, señala en su artículo 3:

*“1. Urgencia: Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva, tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte”.*

*2. Atención inicial de urgencia: todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tienden a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico e impresión y definirle el destino inmediato (nivel de atención, grado de complejidad, principios éticos)” (Decreto 0412 de 1992).*

El Ministerio de Salud y Protección Social en el numeral 5° del artículo 8 de la Resolución 6408 de 2016 la define como una: “modalidad de servicios de salud, que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad”(2016).

*De manera similar, la Circular Externa No. 047 o Circular Única expedida por la Superintendencia Nacional de Salud define en su título X, la atención inicial de urgencias como*

Todas aquellas acciones realizadas a una persona con patología de urgencia consistentes en las actividades, procedimientos e intervenciones necesarios para la estabilización de sus signos vitales; la realización de un diagnóstico de impresión y la definición del destino inmediato de la persona con la patología de urgencia tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud (Superintendencia Nacional de Salud. Colombia, 2007).

En ese orden de ideas es claro que el Estado Colombiano tiene definida en su legislación que la atención de urgencias es una obligación por parte del Estado, pero, en principio, solo tiene obligaciones en este nivel, los niveles de consulta externa u hospitalización no son de obligatoria prestación para los inmigrantes, por cuanto para acceder a la atención integral de los servicios de salud se hace necesaria la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y para ello se hace necesario un documento válido que permita la afiliación, del cual carecen las personas migrantes que se encuentran en situación irregular, lo que les impide el goce de su derecho humano.

Como consecuencia de lo anterior, y frente a situaciones de amenaza o vulneración del derecho a la salud los migrantes en situación irregular han promovido en Colombia acciones de tutela, pretendiendo que la atención en salud que se brinda por parte del Estado Colombiano, sea como lo definen sus principios de universalidad, integralidad, eficiencia, encontrándose que las altas cortes en Colombia (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia) solo protegen la atención en salud de esta población hasta la atención primaria de urgencias (Gómez Montañez, 2014)

Así, encontramos que en la Sentencia T-314 de 2016, la Corte Constitucional en sede de revisión de la acción de tutela promovida por un ciudadano Argentino que se encontraba en forma irregular en Colombia, con diagnósticos de diabetes y artrosis y que requería de unos medicamentos que la entidad territorial de salud no le suministraba, negó la tutela tras considerar que no existía a su juicio vulneración al derecho fundamental a la salud al concluir que



...no se demuestra una vulneración al derecho fundamental a la salud del señor Carlos Walter Schule por parte del Fondo Financiero Distrital de Salud y la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá D.C., debido a que dichas entidades demandadas garantizaron el cumplimiento de la obligación de prestar los servicios de salud básicos al accionante, lo que implica atención en urgencias la cual fue recibida en el Hospital de Suba en Bogotá D.C., y excluye la entrega de medicamentos y continuidad en los tratamientos.

Asimismo, se demuestra que las entidades distritales accionadas, no incumplieron su obligación de iniciar el proceso de afiliación del accionante en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya que éstas no pudieron realizarlo, debido a que el señor Schule no tiene un documento de identidad válido para tramitar su afiliación, toda vez que el actor se encuentra en permanencia irregular en el país desde el 24 de agosto de 2014.”(...)

“Finalmente, la Sala considera necesario aclarar que el actor no solo puede solicitar un salvoconducto de permanencia y de esta forma regularizar su situación migratoria, sino también iniciar la solicitud de su visa temporal TP-15 o TP-10 en calidad de cónyuge de nacional colombiana y así obtener el documento de identidad para afiliarse al Sistema General de Seguridad Social (Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2016)

Sin embargo, llama la atención que esta decisión no fue unánime como quiera que existe un salvamento de voto, que se ajusta más a los estándares internacionales de protección de los derechos de los migrantes en el siguiente sentido:

...se deja de lado el estudio del derecho a la dignidad humana del actor, así como el carácter universal del derecho a la salud. Esto, por cuanto la situación irregular en la que se encuentra el accionante en el territorio colombiano no lo despoja de su calidad de persona ni de ser sujeto de derechos, a la que se hallan ligados los citados derechos, los que le son intrínsecos no por el hecho de ser nacional o extranjero

legalmente radicado en el país, sino por el hecho de ser persona. En este contexto, mantener a una persona privada de los medicamentos requeridos para el control de su enfermedad y ordenados por el profesional médico, de manera que la afectación a su salud sea la menor posible, vulnera su derecho a la dignidad humana al no propenderse por su bien estar físico, situación que, desde luego, repercute de igual manera en su bien estar moral. (Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2016)

Se vulnera entonces el derecho a la dignidad humana del actor al no suministrarle los medicamentos que requiere para mantener controlada una enfermedad tan delicada como la diabetes, misma que lo llevó a una sala de urgencias para ser intervenido quirúrgicamente.

De igual manera, aun cuando le asiste la razón a la magistrada sustanciadora al afirmar que la afiliación al sistema de salud no puede llevarse a cabo, por cuanto el accionante carece de un documento de identidad válido para ello, se deja de lado que uno de los principios fundantes del sistema de seguridad social es el de la **universalidad**, el que fue recordado en la Sentencia T-760 de 2008 así: “Toda persona tiene el derecho constitucional a no ser excluida del acceso a los servicios de salud, por lo que no se le puede condicionar la prestación de los mismos al pago de sumas de dinero cuando carece de la capacidad económica para sufragarlas. La Constitución Política, en el artículo 49, establece que la ‘atención de la salud’ es un servicio público a cargo del Estado, que debe garantizar ‘a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud’, ‘conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.

En esta medida, las normas de seguridad social exigen ser interpretadas y aplicadas con un sentido **inclusivo y progresivo** (tendiente a la universalidad), que permita hacer efectiva “la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de su vida”. Estimo que no puede supeditarse la salud, la vida y la dignidad humana de una persona a trámites administrativos, como en el asunto sub examine sin implicar esto que la Corte normaliza la situación del

accionante y, por tanto, debió darse la orden de prestar los servicios de salud al interesado, hasta tanto aclare su situación migratoria, para lo cual pudo establecerse un término, y dar el aviso respectivo a las autoridades correspondientes de migración (Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2016).

En pronunciamiento más reciente, la Corte Suprema de Justicia al resolver la impugnación contra una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en donde una inmigrante Venezolana en condición irregular, con cerca de siete (7) meses de embarazo solicitaba la atención integral por la condición de gravidez y las instituciones se negaban a suministrarla dada su condición irregular, la Corte aunque considera que la desprotección en salud de la accionante se debe a su propia incuria, por no acatar las normas que reglamentan su permanencia regular en el país, lo que le imposibilita acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud, consideró acertada la decisión de proteger de manera transitoria y por 4 meses el derecho fundamental a la salud de la demandante argumentando que

“en todo caso, es deber del Estado brindar «un mínimo de atención... en casos de urgencia con el fin de atender sus necesidades básicas», En efecto, la demandante es un sujeto de especial asistencia y protección, en los términos del artículo 43 de la Constitución Política, toda vez que alegó y demostró, con los documentos visibles a folios 3 a 7, que se encuentra en un estado avanzado de embarazo, por lo que requiere una atención especial con el propósito de preservar su salud y la del nasciturus, atención que, de llegar a faltar, podría ocasionar un perjuicio irremediable” (Corte Suprema de Justicia Sentencia TC20982, 2017).

Llama la atención de esta sentencia que a pesar de que se dice que lo único que debe garantizarse es la urgencia, realmente lo que termina en concediendo una protección integral durante un plazo de cuatro (4) meses, reconociendo en el fondo la situación del nasciturus y el perjuicio que eventualmente podría ocasionársele. De modo que la protección del derecho a la salud de los migrantes en situación irregular variará en cada caso dependiendo de si se trata de una atención de urgencias y de lo que el operador judicial en cada caso concreto determina lo que implica tal nivel de atención.

Sin embargo la Corte Constitucional reconoce más adelante que el derecho a la salud que se debe proporcionar a los inmigrantes no se limita a la atención de urgencias, sino que debe comprender la atención integral, esto es:

De acuerdo con el derecho internacional, los Estados deben garantizar a todos los migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, no solo la atención de urgencias con perspectiva de derechos humanos, sino la atención en salud preventiva con un enérgico enfoque de salud pública. No obstante, de acuerdo con otros instrumentos de derecho internacional y a algunos desarrollos recientes de soft law sobre el contenido mínimo esencial del derecho a la salud de los migrantes, se ha establecido con fundamento en el principio de no discriminación, que (i) el derecho a la salud debe comprender la atención integral en salud en condiciones de igualdad e ir mucho más allá de la urgencia. Por eso, de contar con estándares más bajos, (ii) pese a los limitados recursos disponibles, los Estados tienen la “obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12” del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la adopción de medidas; especialmente y con mayor rigurosidad, cuando dichos estándares atentan contra una obligación de naturaleza inmediata, como lo es la obligación de no discriminación en la prestación del servicio de salud (Corte Cosntitucional. Sentencia T-210 2018).

Aunque estas providencias muestran un avance significativo en cuanto a la protección del derecho a la salud de los migrantes, consideramos que en tratándose de la atención en salud de los niños, niñas y adolescentes en situación de migración irregular, la prevalencia de sus derechos reconocidos tanto en el orden interno como en el plano internacional los hace merecedores de medidas especiales de protección que se justifican dada su triple condición de vulneración, como niños, como migrantes y por su status jurídico irregular, que va más allá de la atención inicial de urgencias. (Gómez Montañez, 2014)

## **7. CONCLUSIONES**

La migración internacional de niños, niñas y adolescentes es un asunto que en los últimos años viene preocupando a la comunidad internacional, quien a través de recomendaciones ha fijado una serie de lineamientos a los Estados en búsqueda de la protección de sus derechos humanos, dada la triple condición de vulnerabilidad que enfrentan como niños, como migrantes y por su estatus de irregularidad.

Queda claro que la condición de niño migrante en situación irregular corresponde a toda persona menor de 18 años que ingresa o permanece en un país distinto al de su nacimiento, sin cumplir las condiciones legales para ello. En este contexto las políticas migratorias de los Estados receptores deben procurar en lo posible la garantía de sus derechos humanos siguiendo los parámetros internacionales.

Aunque solamente existe hasta ahora un tratado internacional que trata sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes, ello no implica que los derechos que allí se consagran sean los únicos a los que se deban protección, pues el lenguaje inclusivo y los principios del derecho Internacional de los Derechos Humanos que rigen tanto el Sistema Universal (ONU) como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, involucra la protección de los derechos de la población migrante, sin que puedan oponerse barreras a su goce solo por el hecho de su condición irregular, máxime cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, frente a los cuales todas las instituciones del Estado y la sociedad misma deben velar por la prevalencia de sus derechos en los términos que ha fijado la Convención de los Derechos del niño, que constituye uno de los tratados internacionales de mayor aceptación mundial (Clavijo Cáceres, 2014).

Acorde con lo anterior, los Estados tienen la obligación de otorgar ayuda médica urgente para cuidar su vida o daños irreparables a la salud, pero adicionalmente como se trata de niños migrantes tiene la obligación de garantizar el nivel más alto posible de salud y servicios para el tratamiento de enfermedades, según lo disponen los artículos 23, 24 y 39 de la Convención.

Quedó visto que la situación jurídica irregular es uno de los factores más limitantes frente al grado de acceso de los migrantes a los servicios de salud de un país, a pesar de que se trata de un derecho humano, que por sus características de universal e inalienable, no debería ser

restringido a ningún miembro de la especie humana, a quienes sin distinción alguna los Estados, conforme a los compromisos internacionales en virtud de los tratados, pactos y convenios celebrados, deben garantizar el nivel de bienestar físico y psicológico más alto posible. Y ni que se diga cuando se trata de niños niñas y adolescentes cuyos derechos se consideran prevalentes frente a los demás, adoptándose todas las medidas para lograr tal propósito.

Mediante un efímero vistazo a los principales desarrollos en materia de protección de los derechos humanos de los niños y las niñas migrantes en los sistemas internacionales de protección de derechos humanos se advierte que dada la masiva vulneración de derechos a que se ven comprometidos los niños y las niñas por el fenómeno de la migración, se justifica la creación de instrumentos e iniciativas internacionales, orientados a proteger a los niños y las niñas migrantes de las distintas circunstancias que amenazan el goce de sus derechos humanos, consolidando progresivamente su estatus de sujetos de derecho, a tal punto que el sistema universal e interamericano de protección de derechos humanos han diseñado una serie de estándares de protección de los niños y las niñas migrantes, sumando derechos, principios e interpretaciones crecientemente garantistas.

El Estado Colombiano no puede ser ajeno a esta realidad y aunque mucho se ha avanzado en la garantía del derecho a la salud en Colombia, y en particular, para quienes gozan de una protección reforzada, porque se pasó de considerarlo como un derecho de mero carácter prestacional para concebirlo hoy en día como un derecho fundamental autónomo, el marco legal revisado demuestra que el Estado colombiano no garantiza los estándares internacionales de protección legal que haga realidad la accesibilidad, disponibilidad, eficiencia e integralidad de este derecho humano, lo que indica que no se están cumpliendo con los compromisos a los que como estado nos hemos obligado.

Día a día los despacho judiciales del país se cargan laboralmente de acciones de tutela en donde principalmente, los nacionales colombianos pretenden la protección del derecho a la salud y aunque no cabe duda que ha sido el único mecanismo eficaz para que una persona reciba de parte del Estado y/o las instituciones de salud el servicio que merecen, ello revela que las cosas no están funcionando bien, porque si de entrada a una persona le brindaran la atención adecuada

para lograr el nivel de vida más alto posible, pocas serían las acciones constitucionales que sobre ello se formularían. Pero si a ello le agregamos que también la población migrante irregular está acudiendo a este mecanismo ocupando niveles preocupantes en la sociedad Colombiana porque existe la concepción de que si el dinero con el que se cuenta para atender estas contingencias ni siquiera alcanza para la atención en salud de los nacionales como debería ser, mucho menos habrá para migrantes y aún más para quienes se encuentran en situación irregular.

Ahora bien, como uno de los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es la no discriminación, los Estados no pueden limitar los derechos humanos consagrados en la Carta Internacional, ni discriminar a los ciudadanos extranjeros, por motivos de raza, color, sexo o cualquier otra índole. Ello hace inferir que los migrantes, independientemente de que su condición en el Estado receptor, regular o irregular, gozan de igual protección y oportunidades en cuanto a sus derechos, como cualquier otro sujeto de la especie humana y en ese sentido, los Estados receptores no pueden restringirlos.

Hay que tomar en consideración que lo único que distingue a una persona en situación irregular de quien no lo es, es una condición administrativa, o la falta de un documento válido que le permita su afiliación a cualquiera de los regímenes de salud (subsidiado o contributivo) en lo demás se trata de una persona que si requiere atención medica es porque sus niveles de salud y de contera de dignidad humana se encuentran en peligro. Entonces independientemente del estatus regular o irregular en la que se encuentre un sujeto, por el hecho de ser persona se hace acreedor a una serie de derechos que le son inherentes entre ellos la salud, el cual no puede limitarse a la atención inicial de urgencias como se viene haciendo por parte del Estado colombiano, pues ello carece de justificación desde el punto de vista del derecho Internacional de los Derechos humanos, que como se vió repugna toda discriminación por motivos de raza, sexo o cualquier otra índole.

No cabe duda que brindar la atención en urgencias a un niño migrante en situación irregular mitiga un poco los efectos de la vulneración masiva que sufre de sus derechos, pero solo limitarla a esta atención inicial y primaria es insuficiente y contradice todos los postulados internacionales que tratan sobre los derechos de los niños y sobre el derecho humano a la salud, pues nótese que este derecho no solo busca la fase de recuperación sino que involucra etapas como la prevención

y rehabilitación que no ofrece el servicio de urgencia, cuyo objeto únicamente es la estabilización de signos vitales.

No resulta de recibo escudarse en la falta de disponibilidad de los recursos económicos para limitar los derechos de la población migrante irregular y en particular restringirle a la niñez que se encuentra en esta situación, que ninguna culpa tiene que encontrarse en estos escenarios, por el contrario la atención debe ser integral como lo proponen los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, y como tímidamente lo empiezan a notar las altas cortes en el país.

Ante este panorama, podría verse expuesto eventualmente el Estado colombiano a responsabilidad internacional por los compromisos que ha adquirido en el marco de la protección de los niños y niñas migrantes en situación irregular y en el interés superior de estos sujetos, pero que en la práctica se hace nugatoria, de manera que el deber de revisar las normas nacionales y procedimientos migratorios aplicables actualmente a niños y niñas migrantes, a fin de ajustarlos a los preceptos de la Convención sobre los derechos del Niño y tratados internacionales, se torna inaplazable.

Ello obligatoriamente implica que esos mecanismos, más que dirigirse a alcanzar los objetivos de las políticas migratorias, estén planteados para asegurar la protección integral de la infancia, lo que exige una transformación profunda en las políticas públicas existentes y el compromiso institucional de entidades involucradas en el tema como lo son Migración Colombia, el Instituto Colombiano de bienestar Familiar, las Empresas Promotoras de Salud, Instituciones prestadoras de servicios y en general entidades públicas y privadas, que fijen como norte propender por la superación de los obstáculos que se presentan en la atención médica para que a través de mecanismos ágiles y eficaces se garantice la atención integral a la salud de niños, niñas y adolescentes a través de un acompañamiento que les permita por una parte transitar del estado irregular al regular, y por otra que durante esa transición no solo se garantice la atención inicial de urgencias sino toda la atención médica integral que se requiera para el mejoramiento de la salud, dados los principios basilares del sistema de Seguridad social en salud en Colombia que en el papel, siguen los parámetros definidos por la comunidad internacional.



## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abu-Warda, N. (2007). La Migraciones Internacionales. *Llu Revista ciencia de las religiones*.  
<http://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/view/ILUR0707550033A/25848>, 33-50.
- ACNUR. (2015). ¿'Refugiado' o 'Migrante'? ACNUR insta a usar el término correcto. Obtenido de <http://www.acnur.org/noticias/noticia/refugiado-o-migrante-acnur-insta-a-usar-el-termino-correcto/>.
- Alvarez, M. (2016). La salida del Reino Unido de la Unión Europea: sus causas estructurales es precisamente la se vislumbra \*. *Revista de Integracion y cooperación internacional* N° 23 Julio Dic. , 25-31.
- Arango, J. (2007). Las migraciones internacionales en un mundo globalizado. 2007. p. 6-15 .  
*Vanguardia dossier, ISSN 1579-3370, N°. 22. Disponible en:*  
<https://www.lavanguardia.com/internacional/20070101/54261510760/inmigrantes-el-continente-movil.html>, P. 6-15 .
- Arboleda Ramírez, P. B. (2014). Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 119-135.
- Banco Mundial. (2017). *obtenido de*  
<http://www.bancomundial.org/es/topic/migrationremittancesdiasporaisues/overview>.
- Bastos Osorio, L. M. (2017). Las políticas públicas en el contexto fronterizo de Norte de Santander. *Revista Academia y Derecho. Núm. 14 (8) Enero - Junio 2017.*, 199-220.
- Burgos Moreno, M. &. (2010). Atención en salud para migrantes: un desafío ético. *Revista Brasileira de Enfermeria, REBEN*, 5-19.
- Cancilleria de Colombia. (S/F). *Colombia frente a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Obtenido de:  
[https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/colombia\\_frente\\_a\\_los\\_instrumentos\\_internacionales\\_de\\_derechos\\_humanos\\_y\\_dih-feb2014\\_3.pdf](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/colombia_frente_a_los_instrumentos_internacionales_de_derechos_humanos_y_dih-feb2014_3.pdf).

- Castle, S. (2010). Migración Irregular casusas, tipos y dimensiones regionales. *Migración y Desarrollo Vol 7 N° 15*, 49-80. Obtenido de [www.redalyc.org/articulo.oa?id=66019856002](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=66019856002)
- CIDH. (2010). *Caso de la comunidad indígena Xakmok Kasek Vs Paraguay. Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas del 24 de agosto de 2010* párrafos 257-258. Disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf).
- CIDH. (2013). *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.* párrafos 218-218. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf>.
- CIDH, Corte Interamericana de Derechos humanos. (2003). *Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados*. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>.
- CIDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *OPINION CONSULTIVA 021*. obtenido de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2014/9758>.
- CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. . (2015). *Situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados Refugiados y migrantes en los Estados Unidos de America*. cidh.org. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/refugiados-migrantes-eeuu.pdf>.
- CIPDH. Centro internacional para la promoción de los Derechos Humanos. . (2010). *Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia*. UNESCO. Disponible en: <http://www.unesco.org/new/es/office-in-montevideo/social-and-human-sciences/social-inclusion-and-human-rights/international-centre-for-human-rights-promotion-arg/>.
- Clavijo Cáceres, D., & Agudelo Ibáñez, S. J. (2014). Despolitización de la ciudadanía: una mirada desde el proceso de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 183-208.
- COLOMBIA, D. D. (2014). *LA TUTELA Y LOS DERECHOS A LA SALUD*. OBTENIDO DE <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/LatutelaylosderechosalaSalud.pdf>.

- Comite de Derechos Económicos, s. y. (2000). *UESTIONES SUSTANTIVAS QUE SE PLANTEAN EN LA APLICACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES*. obtenido de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/bdl/2001/1451>.
- Constitución política. (1991). *Constitucion Politica de Colombia*. Obtenido de <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-2/articulo-44>.
- Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. , Sentencia T-884 2011 (MP. Juan Carlos Henao. 2011).
- Corte Constitucional. Sentencia C-834, 2017, Referencia: expediente D-6748 (Corte Constitucional. M.P. Humberto Sierra Porto. 2017).
- Corte Constitucional. Sentencia T-314 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz. 2016).
- Corte Cosntitucional. Sentencia T-210 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz (Corte Cosntitucional).
- Corte Suprema de Justicia Sentencia TC20982 (M.P. Ariel Salazar Ramírez 2017). Recuperado el 11 DE DICIEMBRE DE 2017
- Derruan, M. (1974). *Tratado de Geografía Humana*. Barcelona.
- Diaz Lameiras, P. (15 de septiembre de 2015). *¿Cual es la diferencia legal entre refugiados y migrantes?* Obtenido de obtenido de <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4923>
- Düvell, F. (2006). *Introduction and Background*. F. Duvell Ed.
- ElPais.com. (28 de agosto de 2015). *¿Inmigrantes o refugiados? Qué los distingue*. Obtenido de Obtenido de [https://elpais.com/internacional/2015/08/28/actualidad/1440781136\\_652160.html](https://elpais.com/internacional/2015/08/28/actualidad/1440781136_652160.html)
- ElTiempo.com. (19 de ENERO de 2018). *EL TIEMPO*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/cifras-que-deja-la-migracion-de-venezolanos-a-colombia-a-2018-172816>
- Exteriores, M. d. (12 de enero de 2017). *Migracion. Ministerio de Relaciones Exteriores*. . Obtenido de <http://migracioncolombia.gov.co/index.php/es/prensa/comunicados/comunicados-2017/enero-2017/3837-cerca-de-34-mil-migrantes-irregulares-fueron-detectados-por-migracion-colombia-en-2016>

- Gañan Echeverría, L. (2013). De la naturaleza jurídica del Derecho a la salud en Colombia. *Monitor estratégico. N° 3, Enero- Junio 2013. Superintendencia Nacional de Salud*(N°3), 7-19.
- Gómez Montañez, J. A. (2014). Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 99-118.
- ICHRP. Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos. (2011). *Migración Irregular, Trafico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia*. Suiza.
- IDDHPUC. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2012). *Informe sobre derechos de los niños migrantes*. Disponible en: <https://www.unicef.org/lac/temas/ni%C3%B1os-refugiados-y-migrantes>.
- IPPDH, M. (2016). *Derechos Humanos de la Niñez Migrante*. (p. edición, Ed.) Obtenido de <http://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2017/02/Derechos-Humanos-de-la-Ninez-Migrante.pdf>
- Jácome Sánchez, S. J. (2013). Algunas reflexiones presentes para el futuro del derecho del trabajo. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 59-74.
- Ley 100 de 1993. Colombia. (1993). Ley 100 de 1993 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá, Colombia: Disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html).
- Ley 1751 de 2015 Colombia. (2015). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Disponible en:[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1751\\_2015.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html).
- LÓPEZ-CELEMÍN, L. M. (2017). Análisis De La Crisis Del Hospital Universitario Erasmo Meoz Por La Atención De La Población Venezolana Frente Al Derecho Irrenunciable A La Seguridad Social. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 3(4). Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)
- MERCOSUR, I. D. (2016). *Derechos Humanos de la Niñez Migrante*. (p. edición, Ed.) Obtenido de Obtenido de [repositorio.oim.org.co/bitstream/handle/20.500.11788/1698/ROBUE-OIM%202024.pdf;jsessionid=C03B26515821573981D85D300CF5777E?sequence=1](http://repositorio.oim.org.co/bitstream/handle/20.500.11788/1698/ROBUE-OIM%202024.pdf;jsessionid=C03B26515821573981D85D300CF5777E?sequence=1)

Migración Colombia. (2018). *Disponible en:*

<http://migracioncolombia.gov.co/index.php/es/prensa/comunicados/comunicados-2018/junio-2018/7609>.

MUNDIAL, B. (2008). <http://www.bancomundial.org/temas/remesas>.

MUNDIAL, B. (s.f.).

<http://www.bancomundial.org/es/topic/migrationremittancesdiasporaisues/overview>.

O.E.A. . (1988). *PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR"*. *Disponible en:*

<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

O.I.M. Organización Internacional para las Migraciones. . (2008). *61 Asamblea mundial de la salud, Salud de los inmigrantes*. *Disponible en:*

<http://www.oim.org.co/migraci%C3%B3n-y-salud-0>.

O.N.U. (2000). *Informe Consejo económico y social. E/C.12/2000/4, CESCR*. *Disponible en:*

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>.

O.N.U. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. (2009). *Informe Consejo económico y social. Observación N° 20 E/C.12/GC/20*. *Disponible en:*

[https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc).

O.N.U. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. (2017). *Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/2017/1*. *Disponible en:*

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJbFePxX56jVyNBwivepPdlwSXxq9SW9ZbgupEHPzmS%2BHfLpdYK94RGb1E0bob1qFojYcpR4KqEtEgsUR40u8nW>.

OACDH. O.N.U. . (2015). *Migración, derechos humanos y gobernanza*. *Disponible en*

[https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR\\_and\\_Governance\\_HR\\_PUB\\_15\\_3\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf): Oficina del Alto Comisionado para los Derechos humanos.

OACDH. O.N.U. Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. *Disponible en:*

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

- OACNUDH. O.N.U. (2014). *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos en las fronteras internacionales*. Disponible en:  
[https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR\\_Recommended\\_Principles\\_Guidelines\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHR_Recommended_Principles_Guidelines_SP.pdf).
- OIM. (S/F). *Organización Internacional para las Migraciones. Derecho Internacional sobre Migración*. Disponible en [https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml\\_7\\_sp.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf).
- ONU, C. s. (1951). Obtenido de Obtenido de  
<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/documentos/bdl/2001/0005>
- ONU. ACNUDH. (1989). *Convención sobre los derechos del niño. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989*. Disponible en:  
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>.
- Ortega Velasquez, E. (2015). Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 185-221.
- Ortega Velasquez, E. (2015). Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica Europea y Americana: entre el control y la protección. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Volume 48, Issue 142, January–April 2015*, Pages 185-221.  
<https://doi.org/10.22201/ijj.24484>.
- Ortega Velasquez, E. (2010). Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica europea y americana: entre el control y la protección. 31.
- Ortega Velázquez, E. (2015). Los niños migrantes irregulares y sus derechos humanos en la práctica Europea y Americana: entre el control y la protección. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado Vol 48 ISSUE 142*, 185-221.
- Pérez Gonzalez, C. (2012). *Miraciones Irregulares y Derecho Internacional*. . Disponible en  
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31009.pdf>, 8.
- PICUM. (2013). *Plataforma para la Cooperación Internacional sobre Migrantes (PICUM)*. Obtenido de  
<http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=6653>
- Sarrible, G. (2002). Definiciones y datos sobre migración internacional y nacionalidad: el caso de España. *Migraciones internacionales*, 1(2). Recuperado en 03 de diciembre de 2018,

de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1665-89062002000100005&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-89062002000100005&lng=es&tlng=es), 123-146.

Superintendencia Nacional de Salud. Colombia. (2007). Circular Externa 47. *Instrucciones generales y remisión de información para la inspección, vigilancia y control.*

# La Dimensión Comunitaria Del Juez Interno En Colombia: Aplicación Local Del Derecho Comunitario Andino.

Omar Alfonso Cárdenas Caycedo<sup>7</sup>

Fecha de recepción: 13 de febrero de 2018

Fecha de aceptación: 25 de febrero de 2018

Referencia: CÁRDENAS CAYCEDO, Omar Alfonso. *LA DIMENSIÓN COMUNITARIA DEL JUEZ INTERNO EN COLOMBIA: aplicación local del derecho comunitario andino*. (2018) Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 6. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

## Resumen

Los jueces nacionales deben abordar las controversias desde diferentes escenarios o «dimensiones», tal es el caso colombiano donde además de proponer soluciones desde su especialidad (civil, laboral, administrativo, familia, penal), deben obrar también como jueces constitucionales. Sin embargo, estas dimensiones no operan únicamente con base en la legislación interna, pues además los operadores judiciales deben velar por el cumplimiento de las normas internacionales, así: i) los tratados y convenciones internacionales en general, ii) especialmente los tratados de derechos humanos, que permiten hablar de un «juez convencional» y iii) la dimensión comunitaria del juez interno. El juez interno, en su dimensión comunitaria, debe aplicar el derecho primario y secundario de la Comunidad Andina (CAN), e incumplir esta

---

<sup>7</sup> Abogado Universidad de Nariño. Especialista en Derecho Procesal Civil y Magíster en Derecho Comercial de la U. Externado de Colombia. Actualmente adelantando estudios de doctorado en derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. Curso de solución de controversias en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y curso de litigación internacional en la Universidad de Alcalá de Henares. Conciliador inscrito ante el Ministerio de Justicia. Secretario del Capítulo Nariño del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Líder del Grupo de Investigación CEJA – Centro de Estudios Jurídicos Avanzados, Docente de pregrado y postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. Correo: [omarcardenas@udenar.edu.co](mailto:omarcardenas@udenar.edu.co)



obligación genera consecuencias jurídicas a nivel comunitario para el estado colombiano. Este artículo explora las dimensiones expuestas, haciendo énfasis en las obligaciones del juez nacional colombiano como juez comunitario.

### **Palabras clave**

Comunidad Andina, CAN, juez comunitario, derecho comunitario, deberes del juez.

### **Abstract**

National judges must address disputes from different scenarios or "dimensions", like the Colombian case where beside to proposing solutions from their specialty (private, labour, administrative, family, criminal), they must also act as constitutional judges. However, these dimensions do not operate solely on the basis of national legislation, since judicial operators must also guarantee compliance with international standards, such as: i) international treaties and conventions in general, ii) especially human rights treaties, that allow to speak of a "conventional judge" and iii) the communitarian dimension of the internal judge. The internal judge, in its community dimension, must apply the primary and secondary right of the Andean Community (CAN), and incumpliment of this obligation generates legal consequences at the community level for the Colombian state. This article explores the dimensions exposed, emphasizing the obligations of the Colombian national judge as a community judge.

### **Keywords**

Andean Community, CAN, community judge, community law, judge's duties.

### **Introducción**

El presente artículo parte de la presentación de las «dimensiones» del juez local, identificando básicamente los ámbitos o sistemas de solución de controversias en el cual

participa como actor. El análisis se centra en el juez nacional de la República de Colombia; más adelante se analiza las dimensiones internacionales, en las cuales el juez nacional debe aplicar directa o indirectamente el derecho internacional o comunitario. Finalmente, el análisis se centrará en la dimensión comunitaria, explicando las obligaciones del juez como integrante del sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina, lo cual necesariamente llevará a analizar las consecuencias de la inobservancia de dichas obligaciones.

En este artículo el lector encontrará un análisis frente a la labor del juez como garante de la ley, la Constitución, el bloque de constitucionalidad y el derecho comunitario andino; las cuales a su vez permiten hablar del juez en su dimensión ordinaria o legal, constitucional, convencional, internacional y comunitaria.

El texto permite a los operadores judiciales comprender la dimensión internacional de su quehacer cotidiano, comprendiendo que el sentido de los fallos no debe tener en cuenta únicamente el derecho nacional, sino también el internacional y comunitario. Asimismo, es una guía dirigida a litigantes a fin de exigir el cumplimiento de la normatividad internacional y adoptar conductas procesales adecuadas en caso de que aquella resulte inobservada.

Se seguirá la siguiente metodología: (i) se presentará las dimensiones del juez nacional en Colombia, (ii) se realizará un análisis de la dimensión comunitaria; (iii) lo que permitirá explorar las obligaciones del juez nacional derivadas de su dimensión comunitaria; y (iv) finalmente, se estudiarán casos emblemáticos que permiten demostrar las conclusiones presentadas.

## **1. Las dimensiones del juez interno en Colombia.**

Diferentes autores han comprendido que la actividad judicial no se limita exclusivamente a la aplicación de la ley interna o nacional. Zagrebelsky, por ejemplo, ha explorado la dimensión constitucional del juez (Zagrebelsky, 2008), entendiendo que ésta es absolutamente necesaria en los sistemas judiciales modernos. El autor en cita expone:

A esto nos lleva el dualismo del derecho, su doble cara. Si se coincide en el hecho de que el legislador sólo dominara el lado legislativo y no aquello no legislativo, la dificultad denunciada con la expresión “desplazamiento de poder” pierde su consistencia. Las normas constitucionales indeterminadas no “desplazan” nada, no se abren impropriamente

a la política, a la inspiración subjetiva, al libre albedrío del intérprete y, en cambio, le piden al juez enfrentarse con el derecho, no amputando su dimensión material. Que luego el modo de tratar el derecho material sea diferente de aquel de tratar el derecho legislativo; que el primero sea formalizable en procedimientos lógicos (la “técnica jurídica” desarrollada por el positivismo) y el segundo se deba avalar de instrumentos culturales imposibles de formalizar; que el derecho legislativo pueda ser objeto de una “ciencia” mientras el derecho no legislativo solicite más bien “prudencia”, como conciencia del sentido de su tarea que se refleja en la interpretación: todo esto es sencillamente la consecuencia de la doble naturaleza del derecho, el derecho como forma de la fuerza (lex) y el derecho como sustancia (ius), entrelazadas a partir de una relación de razonable compatibilidad. (Zagrebel'sky, 2008)

Desde la perspectiva del derecho nacional el juez asume dos dimensiones, por un lado, la dimensión legal u ordinaria y por el otro la dimensión constitucional. El operador judicial necesariamente al resolver un caso aplica la normatividad de orden infraconstitucional, y la atempera con una visión constitucional.

Existe una perspectiva de derecho internacional, la cual también vincula al juez nacional o local como un actor fundamental. Dicho de otro modo, el juez nacional o interno no sólo debe aplicar la ley (dimensión ordinaria) o la constitución (dimensión constitucional), sino que además debe conjugar su actividad con el ordenamiento jurídico internacional (perspectiva internacional).

Zagrebel'sky (2008) ha entendido bien que el paradigma tradicionalmente aceptado de la incidencia del derecho constitucional en el derecho legislado, debe además ampliarse a una fuerte visión internacional, donde el derecho supranacional o incluso «supra constitucional» exige su aplicación por parte del operador jurídico. Así lo expone el autor en cita:

Con respeto a esta base de derecho constitucional situada más allá de la soberanía estatal, se ha hablado de supra-constitucionalidad, una noción controvertida, heterogénea, resultante de principios de *ius gentium* (el derecho internacional no patricio), de convenciones internacionales patricias multilaterales, de la participación de los estados a

organizaciones supranacionales, de principios proclamados intangibles de las mismas constituciones nacionales, de principios del llamado derecho humanitario, de motivos de justicia inscritos en el derecho natural, etcétera (Zagrebel'sky, 2008)

El problema radica en que el derecho internacional es variado y responde a diferentes tradiciones, así pues, puede ir desde temas de derechos humanos hasta problemas de migración, comercio internacional, telecomunicaciones, entre otros. Parece muy difícil, *prima facie*, pretender aglomerar en una sola categoría jurídica, todas las manifestaciones del ordenamiento jurídico internacional. En consecuencia, se propone dividir la perspectiva internacional que debe regir al juez nacional o interno, en al menos tres dimensiones así: (i) dimensión convencional (ii) dimensión internacional en general (iii) dimensión comunitaria. El anterior planteamiento se resume en la siguiente tabla:

PERSPECTIVA NACIONAL	PERSPECTIVA INTERNACIONAL
Dimensión Constitucional	Dimensión Convencional
Dimensión Legal	Dimensión Internacional en general
	Dimensión Comunitaria

La dimensión convencional del juez interno emerge de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se ha creado la figura del «control de convencionalidad», de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales. El punto se resume en que los jueces deben realizar un control de las normas internas de sus respectivos países y contrastarlos con la Convención Americana, primando ésta sobre aquellos, y aplicándola conforme la interpretación que de ella ha dado la Corte Interamericana. En el contexto mexicano, por ejemplo, se ha explicado el punto así:

El "control difuso de convencionalidad" constituye un nuevo paradigma que deben de ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre

debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera "última" y "definitiva" el Pacto de San José.

Se trata de un estándar "mínimo" creado por dicho Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del "bloque de constitucionalidad/convencionalidad" otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales. (Ferrer Mac-gregor, 2011)

Se ha reconocido por la doctrina (Quinche Ramírez, 2014) que la primera oportunidad en la cual se estableció las bases del control de convencionalidad fue en la sentencia del caso Suárez Rosero Vs. Ecuador (12.11.1997), en el cual la Corte Interamericana reconoció que las leyes internas de los estados debían estar en consonancia con la Convención Americana, y que en caso contrario se generaba una violación del instrumento y por ende, la responsabilidad internacional del Estado.

El juez nacional, por lo tanto, debe dar aplicación al control de convencionalidad y garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado –en este caso el colombiano- de cara a la Convención Americana. Soslayar tal deber configura un acto ilícito internacional imputable al Estado, el cual puede ser reclamado ante la Comisión y la Corte Interamericana.

La dimensión internacional en general, por su parte, hace referencia a que el juez local puede verse abocado a aplicar tratados o convenciones internacionales en sus sentencias, sin que necesariamente se haga referencia a temas de derechos humanos o derecho internacional

humanitario. Así, por ejemplo, es posible que un juez o corte local deba aplicar la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, al trabarse un litigio sobre dicho contrato; o bien deba aplicarse la Convención de Nueva York de 1958 al tramitar la homologación de un laudo arbitral. Un ejemplo de este tipo de dimensión, es la sentencia SC9909-2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (Caso Clout No. 1721 Tampico Beverages Inc v. Productos Naturales de la Sabana SA. Alquería) en el cual se decidió la homologación de un laudo arbitral proferido por un tribunal de arbitramento administrado conforme al Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI/ICC), en la cual se acude a diversos instrumentos internacionales para otorgar la homologación.

En este punto es importante recordar la tridivisión propia del derecho mercantil internacional entre *hard law*, *soft law* y *softer law*. El primero, entendido como el derecho mercantil internacional de obligatorio cumplimiento para las partes y para la autoridad judicial, normalmente proveniente de alguna manifestación estatal, por ejemplo, los instrumentos internacionales debidamente ratificados por un Estado. El *soft law* es entendido como elementos no vinculantes en principio, pero que son tenidos en cuenta como orientadores de la decisión, tal sería el caso de, por ejemplo, la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. El *softer law*, como lo ha expresado el profesor Maximiliano Rodríguez, se refiere a usos extralegales o incluso extrajurídicos usados por los comerciantes, tales como las reglas sobre embalajes, dimensiones de productos, o la calidad de los bienes. (Rodríguez Fernández M., 2016)

Finalmente, se presenta la dimensión comunitaria. Sin duda el ejemplo más desarrollado del derecho comunitario lo constituye la Unión Europea y sus diferentes organismos, al tiempo que en el contexto latinoamericano debe citarse la Comunidad Andina<sup>8</sup>. En estos procesos de integración subregional los Estados ceden parte de sus competencias y atribuciones a favor de

---

<sup>8</sup> “La Comunidad Andina se encuentra integrada por Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, constituyendo uno de los procesos de integración económica más antiguos e interesante del mundo. Pese a las dificultades que en diferentes etapas ha afrontado el proceso, este se ha consolidado y sentado fuertes bases en aspectos aduaneros, de comercio exterior, y migración, entre otros. Una de las grandes diferencias existentes entre el proceso de integración andino y otros procesos, en los que incluso participan los mismos países, es justamente la existencia de un ordenamiento jurídico organizado, con fuentes claras, un sistema de solución de diferencias bastante desarrollado y con organismos comunitarios que vitalidad a la comunidad.” (Cárdenas, 2017, pp.96-97)

los órganos comunitarios a través de tratados internacionales ratificados a la usanza común del derecho internacional público, empero una vez los organismos entran en funciones, éstos quedan revestidos de la facultad de expedir normas jurídicas (denominadas derecho comunitario secundario o derivado) que rigen con fuerza vinculante al interior del Estado sin necesidad del proceso de ratificación. En el contexto europeo se encuentran diferentes normas tales como los reglamentos, directivas y decisiones (Mangas Martín & Liñán Nogueras, 2015), con diferentes niveles y efectos vinculantes; mientras que en la Comunidad Andina se presentan las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, las decisiones de la Comisión, las resoluciones de la Secretaría General y los convenios de cooperación industrial (Tremolada Álvarez, 2006). Para el caso de la Comunidad Andina, las normas del derecho secundario son vinculantes, con efecto directo, sin necesidad de ratificación –se itera- y de aplicación inmediata por parte de los jueces y autoridades administrativas nacionales.

El soslayo o incumplimiento de la normatividad comunitaria es susceptible de judicializarse ante los organismos judiciales del sistema comunitario, para el caso del sistema CAN será el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En conclusión, los jueces nacionales o locales no quedan sometidos exclusivamente al imperio del ordenamiento jurídico interno (constitución y leyes u otras disposiciones), sino que adicionalmente tienen el deber de aplicar el derecho internacional, y en tal sentido el juez puede contar con una dimensión convencional, internacional (no vinculada a derechos humanos o DIH), y comunitaria.

Explicadas las dimensiones que cobijan a los jueces nacionales se procederá a profundizar en la comunitaria, específicamente de la Comunidad Andina para el caso de Colombia.

## **2. La dimensión comunitaria andina: el juez nacional de Colombia como integrante del Sistema de Solución de Controversias de la Comunidad Andina.**

La teoría general del derecho internacional ha reconocido la figura del «diálogo de jueces», en virtud de la cual los jueces o tribunales locales son proclives a consultar o incluso citar providencias emanadas de autoridades judiciales de otros países (diálogo horizontal), o

proferidas por tribunales supranacionales propios del derecho internacional (diálogo vertical)<sup>9</sup>, tal como lo ha expuesto diversos autores como Nogueira Alcalá (2008). Un ejemplo de este diálogo, se presenta en el Caso Clout 1721 en el cual la Corte Suprema de Justicia de Colombia aplica el criterio *pro-ejecución* en materia de homologación de laudos, para cual cita y utiliza un criterio adoptado por la emblemática sentencia del 23 de diciembre de 1974 de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos.

Sin embargo, como lo exponen autores autorizados tales como Maximiliano Rodríguez Fernández en el ámbito colombiano, el proceso de interpretación de los diversos instrumentos internacionales por parte de jueces o cortes locales generalmente conlleva un entendimiento por así decirlo «regional», en el cual el juzgador termina acudiendo a las tendencias, ideologías o avances propios de su país para interpretar o aplicar un instrumento internacional. Lo anterior por cuanto existen ramas del derecho, como el caso del derecho mercantil internacional, en las cuales no existe una corte de cierre a nivel internacional, como sí suele ocurrir para los casos de tratados de derechos humanos. Así lo expone el autor en cita:

Tal y como lo señala Lookofsky, es entendible que las cortes nacionales tengan la tendencia a interpretar este tipo de instrumentos según las ideologías o perspectivas

---

<sup>9</sup> Frente a este punto Humberto Nogueira ha explicado que: «La expresión "diálogo de los jueces" es utilizada de manera habitual en el Derecho comparado para describir el fenómeno a través del cual algunas jurisdicciones consideran, en diversas modalidades los precedentes de jurisdicciones no nacionales provenientes de un Estado Extranjero o de una jurisdicción internacional o supranacional, sobre lo cual hay una abundante literatura, diálogo que produce o puede producir una fertilización cruzada de los criterios con los cuales los jueces resuelven los casos concretos dentro de su competencia. (...) En materia de diálogos jurisdiccionales puede distinguirse los diálogos horizontales que son aquellos que se desarrollan entre tribunales de un mismo nivel, donde el diálogo es libre y espontáneo, de uso voluntario, ya que no deriva de ninguna obligación internacional ni constitucional. Esta circulación jurisprudencial de carácter horizontal que utiliza el Derecho constitucional extranjero y la jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales nacionales es un fenómeno jurídico que se ha desarrollado en las últimas décadas, a lo cual han contribuido las nuevas tecnologías informáticas, las cuales permiten conocer con facilidad las sentencias de las jurisdicciones extranjeras a través de las respectivas páginas web con las sentencias a texto completo, como asimismo, las reuniones formales de intercambio de reflexiones entre los órganos jurisdiccionales de carácter constitucional tanto en el contexto latinoamericano, como iberoamericano y la Comisión de Venecia.(...) Por otra parte, es necesario señalar que un segundo tipo de diálogo es de carácter vertical, este implica la consideración de tratados de derechos humanos y las sentencias de las jurisdicciones transnacionales o internacionales de derechos humanos que son vinculantes para los Estados Partes y las cuales impactan en las jurisdicciones nacionales, como es el caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito regional americano. Este diálogo es producto de la obligación del Estado de respetar estándares normativos y jurisprudenciales determinados por el Derecho internacional vinculante y de sus órganos de interpretación y aplicación. Como señala De Vergottini, los tribunales o cortes nacionales deben garantizar en sus resoluciones una "compatibilidad constructiva" y una armonía con las disposiciones vinculantes de la Convención y de sus órganos jurisdiccionales de aplicación que condicionan y cuasi predeterminan la decisión del juez nacional.» (Nogueira Alcalá, 2011)



locales. Ello es evidente: con el paso del tiempo y mientras mayor sea su experiencia, para el juez local será cada vez más difícil comprender la autonomía de un instrumento internacional. Más aún cuando las normas creadas por el legislador internacional incorporan términos o conceptos cuyos significados difieren de los ya elaborados por el Derecho local. (...)

A diferencia de lo que acontece con otras materias jurídicas, como el Derecho Internacional Humanitario, en el caso del Derecho Comercial Internacional no existe un tribunal de cierre o de última instancia que establezca y garantice que las interpretaciones que se hacen del texto internacional por las cortes locales sean las adecuadas o más acordes a la voluntad del legislador. Nos encontramos entonces frente a instrumentos cuya interpretación siempre se realizará por cortes locales. (Rodríguez Fernández, 2013)

Si bien existe un «diálogo de jueces» para la aplicación del derecho internacional, es también evidente el riesgo de interpretación «regional». Para evitar el riesgo mencionado, algunos instrumentos internacionales crean cortes autorizadas para fijar su auténtico entendimiento, las cuales bajo el amparo del principio *competence-competence*, extienden los efectos y alcances de sus pronunciamientos a lo largo del proceso de consolidación del precedente.

El derecho internacional no vinculado a derechos humanos no suele contar con cortes permanentes especializadas; por ejemplo, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 no cuenta con una suerte de corte permanente que fije la hermenéutica del instrumento, por lo que ésta ha sido desarrollada por árbitros y jueces nacionales a lo largo y ancho del mundo<sup>10</sup>, los cuales suelen referenciar pronunciamientos que de ella se ha hecho en otras latitudes.

---

<sup>10</sup> Sobre el punto la doctrina acota: «A diferencia de lo que acontece con otras materias jurídicas, como es el caso del Derecho Internacional Humanitario, en el caso del Derecho Comercial Internacional no existe un tribunal de cierre o de última instancia que establezca y garantice que las interpretaciones que se hacen del texto internacional por las cortes locales sean las adecuadas o más acordes a la voluntad del legislador. Nos encontramos frente a instrumentos cuya interpretación siempre se realizará por cortes locales» (Rodríguez Fernández M. , 2016)

En el escenario comunitario el problema resultaría más complejo, porque la aplicación tanto del derecho primario (emanado de los tratados fundacionales) como del derecho secundario (expedido por los organismos comunitarios) podría sufrir interpretaciones diversas al interior de cada país miembro, afectando gravemente los fines del proceso de integración. Para evitar lo anterior, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en la Comunidad Andina se crearon tribunales comunitarios encargados de fijar la interpretación del derecho comunitario<sup>11</sup>, siendo obligación de los jueces nacionales reconocer y acatar sus pronunciamientos.

En la Comunidad Andina a través del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia y su Protocolo de Cochabamba, se creó dicho organismo con sede en la ciudad de Quito, Ecuador, y se lo constituyó como el intérprete autorizado de la normatividad andina, permitiendo así la unificación de criterios de obligatorio acatamiento por parte de las autoridades de los países miembros: Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia<sup>12</sup>.

El juez local o nacional en Colombia, por lo tanto, dentro de la dimensión comunitaria no solo se encuentra sujeto a aplicar las disposiciones del derecho comunitario andino (primario o secundario), sino además a acudir a la hermenéutica que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA en adelante) ha realizado sobre tales normas. Lo contrario implicaría exponer a la República de Colombia a la declaratoria de incumplimiento de sus obligaciones comunitarias y ser compelida a ajustar su conducta.

---

<sup>11</sup> La creación de órganos judiciales al interior de sistemas de integración económica regional no es exclusiva del entorno UE y CAN, en tal sentido Elisa Tino recuerda: «En ese contexto, recientemente algunas organizaciones latinoamericanas y caribeñas parecen estar desarrollando una tendencia a fortalecer su vínculo de asociación; esta podría leerse en el fortalecimiento del sistema de fuentes normativas de la organización o, más a menudo, en la consolidación de su estructura institucional mediante el establecimiento de órganos no gubernamentales. Se trata, en primer lugar, de tribunales de justicia o de sistemas casi-judiciales, responsables de garantizar el respeto del derecho de la organización, que han sido establecidos en SICA, CAN y MERCOSUR en América Latina y en CARICOM y, en cierta medida, OECS en el Caribe.» (Tino, 2015)

<sup>12</sup> Venezuela era miembro pleno, no obstante denunció los tratados tras desacuerdos con la política comercial de otros miembros como Colombia y Perú, básicamente en el tema de la negociación de tratados de libre comercio (TLC). Sobre el punto se ha dicho: «En el ámbito andino, la denuncia por parte de Venezuela de la CAN, el 22 de abril de 2006, puso en tela de juicio el proceso de integración. Los cambios políticos en la región y el surgimiento de una “nueva izquierda” en Latinoamérica cuestionarán con seguridad procesos de integración que no se basen en lo social. Habrá que esperar los cambios constitucionales de Bolivia y Ecuador y ver cómo afectan el proceso de integración andino.(...) Perú y Colombia, por su parte, confían en que el proceso de integración económica con Estados Unidos beneficiará sus economías y en nada afectará el curso de la integración andina. Esta confianza se basa en un supuesto blindaje del sistema de integración de la CAN que se establece con la Decisión 598 de 2004 que autoriza las negociaciones comunitarias bilaterales con terceros países de una manera que no vulnere el ordenamiento jurídico andino (Ramírez Cleves, 2007)

Pero, como si lo expuesto no fuera suficiente, el juez nacional o interno hace parte del Sistema de Solución de Controversias de la Comunidad Andina (SSC-CAN en adelante), en la medida que las normas del derecho comunitario se rigen por los principios de primacía y efecto directo, en virtud de los cuales las normas comunitarias pueden invocarse directamente ante los jueces locales quienes tienen el deber de aplicarlas.

Esta pertenencia del juez nacional al entorno CAN y por ende su calidad de juez comunitario ha sido reconocida por la doctrina. Eric Tremolada, por ejemplo, plantea que los jueces nacionales también cuentan con competencia para declarar el incumplimiento del derecho comunitario andino en contra del país respectivo, pero en tal caso no sería posible iniciar el trámite simultáneamente ante los órganos comunitarios (Tremolada Álvarez, 2006). Por su parte Luis Kosovic, en una interesante monografía de master, establece que la aplicación del derecho comunitario por jueces de carácter nacional es de vieja data en los fenómenos de integración, siendo en el marco europeo con la sentencia Van Gend & Loos del 5 de febrero de 1963, cuando se empezó a tratar el tema. (Kosovic Kaune, 2007).

A título de ejemplo, un litigio entre nacionales en el cual se controvierta temas marcarios, los tratados fundacionales de la Comunidad Andina permiten que las partes invoquen ante el juez nacional las normas contenidas en la Decisión 486 de 2000<sup>13</sup>, frente a lo cual la autoridad judicial nacional obligatoriamente deberá resolver el conflicto aplicando tal normatividad, incluso por encima de disposiciones internas tales como las contenidas en el libro tercero del Código de Comercio de Colombia (Decreto 410 de 1971)<sup>14</sup>.

Si bien en el SSC-CAN la máxima autoridad judicial es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, no menos cierto es que todos los jueces nacionales son igualmente jueces

---

<sup>13</sup> La Decisión 486 del 2000, es la norma comunitaria en materia de propiedad industrial, razón por la cual los países miembros de la Comunidad Andina deben aplicarla y acatarla en las decisiones que resuelvan controversias sobre esta temática. Ahora bien, se debe tener en cuenta que cuando se habla de propiedad industrial se hace referencia a un conjunto de derechos con un enfoque productivo y económico, por lo que los asuntos a tratar sobre la misma versarían en temas de patentes, marcas, modelos de utilidad, denominaciones de origen, nombre, diseño industrial, entre otros. (Ortiz, 2017)

<sup>14</sup> En diversas ocasiones el TJCA ha reiterado el principio de preeminencia del derecho comunitario sobre el derecho nacional, a título de ejemplo, en el proceso 87-IP-2013 (Caso Marca “Munich” Mixta), donde de manera contundente el TJCA establece que en caso de antinomias entre el derecho nacional y el comunitario, prevalece éste, incluso en caso de antinomia entre el derecho internacional y el comunitario. No obstante, atempera el TJCA su postura al traer a colación el principio de complemento indispensable, en virtud del cual el derecho nacional complementa al derecho comunitario en aquellos aspectos que éste no regule.

comunitarios, puesto que tienen el deber de aplicar el derecho emanado de los órganos de la Comunidad Andina, tanto primario (tratados fundacionales) como secundario (decisiones, resoluciones de la Secretaría General y Convenios de Cooperación Industrial). Resulta fácil concluir de todo lo expuesto, que los jueces nacionales hacen parte del SSC-CAN.

Teniendo en cuenta que los jueces nacionales de los países miembros de la Comunidad Andina (Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia) son integrantes del SSC-CAN, resulta necesario determinar las obligaciones que en dicho escenario le asisten y las consecuencias de pretermitirlas.

### **3. Las obligaciones del juez nacional como partícipe del Sistema de Solución de Controversias de la Comunidad Andina.**

El presente capítulo recoge las conclusiones de la investigación adelantada, producto de la revisión de las fuentes primarias: tratados internacionales, sentencias de jueces nacionales, sentencias del TJCA, resoluciones de la Secretaria General y decisiones comunitarias. A continuación, se exponen las obligaciones y sus efectos propias del juez nacional en su dimensión comunitaria andina.

#### **3.1.Obligación del juez nacional de aplicar el derecho comunitario andino.**

Esta obligación emerge del artículo 4<sup>15</sup> del Tratado Constitutivo del TJCA (En adelante TC/TJCA) que en términos generales impone a los Estados el deber de aplicar el derecho comunitario, y más adelante, el artículo 31 del mismo instrumento fija competencia en los jueces nacionales para conocer de los incumplimientos de los países miembro.

El TJCA ha reconocido en su variada jurisprudencia, desde vieja data, que el juez nacional es un auténtico juez comunitario y por lo tanto debe aplicar el derecho comunitario primario (tratados fundacionales) por tratarse de instrumentos internacionales debidamente ratificados

---

<sup>15</sup> Artículo 4 TC/TJCA: «Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación»

por los países miembro, y frente al derecho secundario el mismo es aplicable gracias a los mismos tratados, de manera directa sin necesidad de ratificación<sup>16</sup>.

Lo primero que debe comprender el juez nacional es que no necesariamente debe encontrarse ante un caso con implicaciones internacionales para dar aplicación al derecho comunitario. Temas como propiedad industrial (Decisión 486/00 CAN), derechos de autor (Decisión 351/93 CAN), libre competencia<sup>17</sup>, entre otros, son buenos ejemplos de ello. Las disputas sobre marcas, patentes, nombre comercial o secretos empresariales, requieren del juez local la aplicación de normatividad comunitaria, así las partes tengan radicados sus domicilios o las sedes de sus establecimientos de comercio en un mismo país. Sin perjuicio de que en un futuro el seno de la CAN se regulen nuevos temas, que actualmente no cuentan con normas de rango comunitaria, tales como: seguridad alimentaria<sup>18</sup>, temas de migraciones en situación de emergencia<sup>19</sup> o comercio electrónico<sup>20</sup>.

### **3.2.Obligación del juez nacional a solicitar la «interpretación prejudicial» ante el TJCA.**

---

<sup>16</sup> Esta obligación encuentra su fuente jurisprudencial entre otras en las siguientes sentencias: 87-IP-2013, 3-AI-2010, 5-IP-1989, 3-AI-96, y en el artículo 4 del TC/TJCA.

<sup>17</sup> El tema de la libre competencia en los países CAN viene contando con un desarrollo generalizado en temas de mercancías, servicios, incluso a nivel de plataformas tecnológicas. Igualmente, los países CAN han avanzado en la protección del mercado en temas sensibles como servicios públicos, transporte terrestre o incluso aéreo tal y como lo analiza Montezuma (2015)

<sup>18</sup> Si desea consultarse un estudio sobre el tema de seguridad alimentaria, específicamente en Nariño, puede verse el trabajo de la investigadora Aura Torres (2017)

<sup>19</sup> Una de los temas de competencia de la CAN es el relacionado con la búsqueda de la calidad de vida de los habitantes de los países miembros. En tal sentido, temas como la salud, educación, migración, entre otros, también hacen parte de las agendas de estudio de esta comunidad internacional. Así, por ejemplo, podría ser de interés para la CAN el estudio de la migración masiva que se ha presentado por parte de venezolanos hacia Colombia y Ecuador, lo que indiscutiblemente ha repercutido en escenarios como la salud y la educación de los países de acogida, que hacen parte de la Comunidad Andina. Sobre este tipo de temas se puede consultar Luis Miguel López (2017) donde precisamente se hace un análisis desde el punto de vista económico y financiero de la atención de salud que se presta a los migrantes venezolanos en la ciudad de Cúcuta, que por su cercanía geográfica ha debido soportar este fenómeno migratorio.

<sup>20</sup> El comercio electrónico es una temática de suma relevancia actualmente, pues con los constantes avances tecnológicos que se presentan, resulta necesario buscar los mecanismos idóneos para la solución de aquellos conflictos o disputas que se susciten en torno a este tema (Gómez, 2017). En este sentido, los derechos de los consumidores alrededor del uso de las nuevas tecnologías jugarían un papel importante en materia comunitaria, pero lamentablemente la normatividad andina ha sido tímida en este punto. Por ejemplo, los países miembros de la CAN se han enfrentado a retos como el generado por plataformas como UBER, pero la respuesta comunitaria a nivel de normatividad ha sido nula. (Acosta, 2015)

Según los artículos 32 a 36 del TC/TJCA, el juez nacional que pretenda aplicar el derecho comunitario tanto primario como secundario, deberá solicitar el trámite de interpretación prejudicial ante el TJCA. Este trámite es potestativo si contra la sentencia proceden recursos ordinarios y obligatorio en caso contrario<sup>21</sup>, en resumen, será potestativo para el juez de primera instancia y obligatorio para el de segunda.

Una vez realizada la solicitud el TJCA procederá a dar trámite a la misma y expedirá una sentencia en la cual interpreta el derecho comunitario aplicable, dicha hermeneuta es obligatoria para el juez nacional. Debe aclararse que el TJCA no valora hechos ni pretensiones ni falla el fondo del asunto, se limita a estructurar un análisis netamente jurídico en torno a las normas comunitarias.

La jurisprudencia del TJCA ha ampliado la obligación de solicitar la interpretación prejudicial a los árbitros, a las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales y a otras autoridades administrativas siempre que cumplan con determinados requisitos<sup>22</sup>.

La Corte Constitucional de Colombia, en cumplimiento de los tratados fundacionales de la Comunidad Andina, ha reconocido en diversas oportunidades<sup>23</sup> que en el trámite de la acción de tutela, igualmente debe solicitarse la interpretación prejudicial al TJCA cuando el juzgador avizore que posiblemente deba aplicar normas comunitarias.

### **3.3.Obligación del juez nacional de seguir la interpretación del TJCA sobre el derecho comunitario andino.**

El TJCA, según el artículo 4 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andin<sup>24</sup>, es el intérprete autorizado y guardián del derecho comunitario andino, en consecuencia,

---

<sup>21</sup> Criterio que expuesto en la sentencia 149-IP-2001 (Caso Marca Pradaxa; Boehringer Ingelheim Vs Indecopi)

<sup>22</sup> Ver sentencias: 14-IP-2007, 130-IP-2007, 80-IP-2014, 3-AI-2010, 57-IP-2012, 161-IP-2013, 181-IP-2013, 14-IP-2014, 79-IP-2014, 262-IP-2013, 121-IP-2014, 242-IP-2015, 105-IP-2014.

<sup>23</sup> Consultar las siguientes providencias de la Corte Constitucional de la República de Colombia: Autos A054-04, A056-07, y sentencias C-227-99, C-231-97, C-988-04, SU-263-15.

<sup>24</sup> Artículo 4 Estatuto TJCA: «El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar y su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros.

El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino»

los demás jueces<sup>25</sup> que hacen parte del SSC-CAN deberán ajustar a las interpretaciones realice el TJCA del ordenamiento jurídico andino.

La obligación no es sólo de seguir el precedente como se acostumbra en sede judicial bajo el esquema de «diálogo de jueces» propio del derecho internacional tal y como quedó expuesto, sino que en el caso de que un juez nacional requiera al TJCA en el trámite de una interpretación prejudicial, el pronunciamiento y hermenéutica del TJCA se convierte en obligatoria<sup>26</sup>, lo anterior a luz del artículo 35 del TC/TCJA.<sup>27</sup>

Debe aclararse que en el sistema CAN no opera la teoría del *acto claro* de común usanza en la Unión Europea, en virtud de la cual los jueces nacionales pueden no acudir al trámite de la «cuestión prejudicial» cuando la norma a aplicar resulta absolutamente clara o ya exista pronunciamiento del TJUE al respecto. En el entorno CAN al no contar con vigencia esta teoría, el juez nacional contra cuya sentencia no procedan recursos ordinarios siempre debe pedir la interpretación prejudicial, cuando deba aplicar normas de derecho comunitario, no pudiendo excusarse en la claridad del acto o en pronunciamientos preexistentes. (Dueñas Muñoz, 2011)

### **3.4.Efectos de pretermitir las obligaciones del juez nacional.**

Una vez consolidadas las obligaciones del juez nacional en su dimensión comunitaria, o mejor, obrando como juez perteneciente al SSC-CAN, es decir, un auténtico juez comunitario, se procederá a exponer las consecuencias de incumplir tales obligaciones.

#### **3.4.1. Acción de incumplimiento ante la Secretaría General y posteriormente ante el TJCA en contra del Estado Colombiano (u otro estado miembro).**

El sistema comunitario andino se diferencia de otros tradicionalmente llamados *soft institutions* (como el caso de Alianza de Pacífico) porque aquél sí cuenta con un complejo sistema de órganos que dan vitalidad a la organización, más allá de la voluntad de los países, y

---

<sup>25</sup> El artículo 5 del Estatuto TJCA establece que éste ejerce jurisdicción sobre todo el territorio de la Comunidad Andina.

<sup>26</sup> Ver las sentencias: 127-IP-2013, 123-IP-2013, 114-IP-2013, 95-IP-2013, 80-IP-2013, 01-IP-87.

<sup>27</sup> «Artículo 35.- El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.»

que entre esos órganos existe uno de carácter judicial. Situación que es compartida por otros sistemas tales como la Unión Europea, Mercosur o el CARICOM. En cambio, las *soft institutions* o bien carecen de órganos, o en específico echan de menos uno judicial.

Uno de los objetivos de los órganos jurisdiccionales de los sistemas de integración regional es lograr una interpretación uniforme del derecho comunitario, para evitar el riesgo existente en el derecho internacional en general de la interpretación «regional» de los instrumentos internacionales al no contar con cortes de cierre, tal y como lo expone el profesor Maximiliano Rodríguez y quedó condensado líneas atrás (Rodríguez Fernández, 2013). Otro gran objetivo, por supuesto, es resolver un clásico problema de derecho internacional, consistente en lograr que los estados acaten las disposiciones comunitarias y sean sometidos a juicio en caso de incumplimiento.

Bajo esta perspectiva, los artículos 23 y 24 siguientes del TC/TJCA plantea que los estados podrán ser sujetos activos y pasivos de la acción de incumplimiento, la cual incluso puede ser iniciada por los particulares que acrediten un interés.

Los jueces nacionales son emanaciones de los estados, los cuales a su vez son miembros de la Comunidad Andina, y en tal sentido a través de las actuaciones de las autoridades judiciales el estado respectivo puede violentar el derecho comunitario, exponiendo a su país a ser requerido para el cumplimiento a través de la acción de incumplimiento.

La acción de incumplimiento cuenta con una fase prejudicial que se adelanta ante la Secretaria de la Comunidad Andina con sede en Lima-Perú, en la cual el secretario puede declarar o no incumplido al estado<sup>28</sup>. Si la fase precontenciosa no es tramitada a tiempo, o es negativa, el accionante queda habilitado para acudir a la fase contenciosa o judicial ante el TJCA, donde se adelantará un auténtico proceso judicial que culmina con una sentencia de carácter comunitario y supranacional, dicho pronunciamiento puede declarar el incumplimiento y ordenar al estado ajustar su conducta, en caso de renuencia, el procedimiento establece los mecanismos coercitivos en contra del estado renuente.

---

<sup>28</sup> El procedimiento de la fase precontenciosa puede consultarse en la Decisión 623 de 2005 del CAMRE



Retomando el tema de las obligaciones del juez, se observa que pretermitir cualquiera de las obligaciones mencionadas, abriría paso al trámite de una acción de incumplimiento. Así, por ejemplo, si un juez nacional no da aplicación al derecho comunitario, o exige ratificación, o no acude a la interpretación prejudicial estando obligado a hacerlo, o no sigue la sentencia del TJCA en la interpretación prejudicial solicitada, estaría violentando los tratados internacionales ratificados por los países miembros, y en consecuencia el estado se constituye en infractor del derecho comunitario, pudiendo el particular afectado iniciar el trámite de acción de incumplimiento.

La jurisprudencia del TJCA es prolífica frente a acciones de incumplimiento falladas en contra de estados cuyos jueces nacionales no dieron cumplimiento a sus obligaciones como jueces comunitarios, incluso a nivel de altas cortes<sup>29</sup>.

#### 3.4.2. Responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento de las normas comunitarias.

El artículo 30 del TC/TJCA establece que la sentencia de incumplimiento proferida por el TJCA es título legal y suficiente para perseguir ante los jueces locales el pago de los perjuicios causados al particular con el incumplimiento del derecho comunitario. En el caso colombiano, por ejemplo, si un juez local no acata sus obligaciones comunitarias, el particular afectado puede acudir a la acción de incumplimiento (de naturaleza comunitaria) y con la sentencia que declara incumplido al estado colombiano, puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa local para reclamar los perjuicios causados.

Es claro que en el litigio interno no se debate la existencia del daño ni su causante, puesto que estos elementos se encuentran acreditados con la sentencia del TJCA; por lo tanto, el debate deberá girar frente al monto de los perjuicios y su existencia real.

## **Conclusiones**

---

<sup>29</sup> Ver la sentencia 3-AI-2010

(i) El juez local cuenta con una perspectiva normativa local y otra internacional, en la local se presenta la dimensión legal u ordinaria y la dimensión constitucional; en la internacional se presenta la dimensión convencional, internacional en general y comunitaria. Dicho en otras palabras, el juez actual necesariamente debe utilizar en sus fallos argumentos propios del derecho internacional y comunitario.

Adicionalmente, (ii) el juez local en su dimensión comunitaria cumple varias obligaciones, principalmente por hacer parte del SSC-CAN, es decir, es un auténtico juez comunitario; lo que necesariamente conlleva a entender que (iii) las obligaciones del juez local en su dimensión comunitaria estriban en aplicar el derecho comunitario tanto primario como secundario en sus fallos así sea entre partes locales, solicitar la interpretación prejudicial cuando corresponda, acatar las decisiones del TJCA en el marco de la interpretación prejudicial y comprender la dimensión de tribunal comunitario e intérprete autorizado del derecho comunitario en el marco del «diálogo de jueces».

Frente a lo anterior, y como conclusión adicional (iv) estas obligaciones, radicadas en cabeza de la judicatura de los países miembros, incluyen consecuencias en caso de inobservancia, las cuales se condensan en la constitución de una infracción al derecho comunitario que a su vez puede conllevar al trámite de una acción de incumplimiento con su respectiva fase precontenciosa y contenciosa; y que en caso de declararse por el TJCA genera responsabilidad patrimonial del estado por los daños causados al particular con dicha infracción.

## **Bibliografía**

Acosta López, M. A., & Espinosa Salazar, L. S. (2015). *UBER Una alternativa necesaria para el transporte de pasajeros*. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 1(1), 163-176. Recuperado de <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/2553>

Cárdenas, O. A. (2017). *La evolución del concepto “Juez Nacional” en la interpretación prejudicial en el derecho comunitario andino*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 46 julio-diciembre 2017. pp. 95-126.

Dueñas Muñoz, J. C. (2011). La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina? *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*(XVII), 29-58. Recuperado el 07 de 04 de 2018, de <http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2012/10015.pdf>

Ferrer Mac-gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. (C. d. Talca, Ed.) *Estudios Constitucionales*, 9(2), 531-622. Recuperado el 29 de marzo de 2018, de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200014&script=sci\\_arttext&tlng=pt](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200014&script=sci_arttext&tlng=pt)

Gómez, C.C. (2017). El comercio electrónico incidencias y desafíos en el derecho del consumidor. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 3(5). Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

Kosovic Kaune, L. A. (2007). *Jueces nacionales como jueces de derecho comunitario*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado el 07 de 04 de 2018, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/821/1/T453-MDE-Jueces%20nacionales%20como%20jueces%20de%20derecho%20comunitario.pdf>

López, L.M. (2017). *Análisis de la crisis del hospital universitario Erasmo Meoz por la atención de la población venezolana frente al derecho irrenunciable a la seguridad social*. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 3(4). Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

Mangas Martín, A., & Liñán Noguerras, D. J. (2015). *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (8 ed.). Madrid: Editorial Tecnos.

Montezuma Martínez, J. P. (2015). *Los precios excesivos en el derecho de la competencia colombiano*. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 1(1), 145-162.

Recuperado el 16 de 10 de 2018, de <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/2552>

Nogueira Alcalá, H. (Segundo semestre 2011 de 2011). El uso del Derecho extranjero y del Derecho internacional por parte del Tribunal Constitucional chileno durante el periodo 2006-2007. (P. U. Valparaíso, Ed.) *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*(37), 275-326. Recuperado el 31 de marzo de 2018, de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000200007>

Ortiz, D. (2017). *El diseño industrial, el contenido estético en la propiedad industrial*. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 3(5). Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

Quinche Ramírez, M. F. (2014). *El control de convencionalidad*. Bogotá, Colombia: Temis.

Ramírez Cleves, G. (2007). El TLC con Estados Unidos y la crisis de los procesos de integración en Latinoamérica. En E. Tremolada Álvarez, *Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración: segunda jornada Cátedra Jean Monnet en Colombia* (págs. 185-203). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Fernández, M. (julio-diciembre de 2013). LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL: EL CASO DE LAS REGLAS DE ROTTERDAM. *E-mercatoria*, 12(2), 140-171. Recuperado el 31 de marzo de 2018, de <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN12/pdf02/158.pdf>

Rodríguez Fernández, M. (2016). *Introducción al derecho comercial internacional*. . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tino, E. (2015). El aporte de los órganos no gubernamentales al desarrollo de los procesos de integración regional en América Latina y el Caribe. En E. Tremolada Álvarez, *La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tremolada Álvarez, E. (2006). *El derecho andino en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Torres Burbano, A. (2017). *Panorama del derecho a la alimentación en el Departamento de Nariño*. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 3(4). Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

Tremolada Álvarez, E. (2006). Los pilares jurídicos de la Comunidad Andina: ¿elementos decisivos para su supervivencia? *Dossier Oasis*(12), 317-346. Recuperado el 07 de 04 de 2018, de [revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/download/2425/2063](http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/download/2425/2063)

Zagrebelsky, G. (2008). El juez constitucional en el siglo XXI. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Julio - diciembre 2008(10), 249-268. Recuperado el 31 de marzo de 2018, de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/08/ZAGREB1.pdf>

Fecha de recepción: 23 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 15 de abril de 2018

Referencia: ESPINEL RICO, Camilo Ernesto. *El Ministerio Público En El Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. (2018) Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 6. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

## RESUMEN

El presente artículo ha tenido por finalidad plantear una serie de argumentos sobre la particular intervención del Ministerio Público en el sistema Penal Acusatorio Colombiano resaltando que, dadas las particularidades de este interviniente y las facultades conferidas al mismo, no existe un referente similar en legislaciones extranjeras situación que permite afirmar que su concepción, en el modelo acusatorio Colombiano, es sui generis lo que ha implicado desnaturalización de las bases de lo que se pretende sea un sistema acusatorio. De esta manera se busca identificar las características del sistema penal acusatorio, los antecedentes del Ministerio Público, las razones para que este interviniente desarrolle su función en sistema penal acusatorio colombiano y verificar la posición jurisprudencial al respecto.

---

<sup>30</sup> Artículo de reflexión.

<sup>31</sup> Abogado, Universidad Libre de Colombia, seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Penal Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), Magister en Derecho Penal Universidad Libre de Colombia, Especialista en Casación Penal Universidad La Gran Colombia. Especialista en Derecho Constitucional Universidad Libre seccional Cúcuta, Integrante del Grupo JUPRO de la Universidad de Pamplona. Docente investigador de la Universidad de Pamplona. [camiloespinel\\_abg@hotmail.com](mailto:camiloespinel_abg@hotmail.com)

## PALABRAS CLAVE:

Persecución Penal. Acusatorio, Ministerio Público, Acción Penal.

## ABSTRACT

The present article has the purpose to raise a series of arguments about the particular intervention of the Public Ministry Office in the Colombian Criminal Accusatory system. Emphasizing that given the particularities of this intervener and the powers conferred thereto, there is no similar reference in foreign legislations. That allows to affirm that its conception, in the Colombian accusatory model, is sui generis which has implied denaturalization of the foundations of what is intended to be an accusatory system. In this way, it is sought to identify the characteristics of the accusatory criminal system, the background of the Public ministry Office, the reasons for this intervener to develop the function in the Colombian accusatory criminal system and to verify the jurisprudential position in this regard.

## KEY WORDS

Criminal prosecution. Accusatory, Public Ministry, Criminal Action.

## 1. INTRODUCCIÓN

En las perspectivas de las sociedades políticamente organizadas bajo la forma de un Estado de derecho, la comisión de un hecho delictivo desencadena una reacción por parte del poder público, a la que, de forma sintética, se puede denominar persecución penal. Por persecución penal hay que entender el conjunto de actuaciones que desarrollarán los poderes públicos, en cuanto Tienen conocimiento de la comisión de una conducta punible, que permitirán, en Último término, operar la consecuencia jurídica prevista sobre quien resulte ser responsable, de conformidad con las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

En el sistema acusatorio, que es la forma que actualmente se ha venido adaptando en los ordenamientos jurídicos occidentales del tipo civil law, se ha asumido, en especial en Iberoamérica, que la investigación estará cargo del Ministerio Público.

El problema es evitar que esa institución del Ministerio Público se convierta en ineficaz o arbitraria, o ambas cosas. El éxito de la reforma procesal penal depende de su capacidad de desmontar la muy extendida idea de que existe un juego de suma cero entre garantías y eficiencia. Es decir, que todo lo que se gana en términos de garantías, de respeto de los derechos, debe hacerse a costa de sacrificar eficiencia. Los antiguos sistemas inquisitivos ya demostraron que era falsa esta afirmación, pues como se sabe sus resultados eran tan magros en el respeto a los derechos como en términos de eficiencia en la persecución y sanción del delito. Ahora la exigencia es para los nuevos sistemas reformados demostrar que son capaces, respetando la presunción de inocencia, el derecho a defensa y todos los otros derechos básicos involucrados, de responder frente al crecientemente importante fenómeno de la delincuencia.

En Colombia desde el año 2004, con la implantación de un nuevo sistema de procedimiento penal de tendencia acusatoria, se ha observado como la figura del Ministerio Público ha representado una serie de dificultades en el desarrollo del modo adversarial que le es propio a este tipo de procedimiento. Esta situación ha ocasionado una serie de jurisprudencias



contradictorias y de actuaciones procesales que generalmente rompen el equilibrio entre las partes.

En base a lo anterior, que da origen al presente estudio de carácter documental, que estima las razones de necesidad para la existencia del Ministerio Público, en el actual sistema procesal penal. El análisis parte de la estructura del modelo penal acusatorio, su naturaleza, facultades y principios rectores que sustentan las actuaciones procesales de los intervinientes y que para su desarrollo metodológico, se hizo uso de la doctrina, la jurisprudencia y de referencias internacionales, pudiendo identificar las características de otros sistemas procesales de corte acusatorio.

Frente a esto, este artículo establece una serie de objetivos generales y específicos que buscan llevar a cabo la ejecución del problema de investigación. Se ha planteado como objetivo general del presente documento investigativo, determinar la necesidad del Ministerio público en el sistema acusatorio Colombiano. El camino a recorrer para alcanzar la meta propuesta, implica alcanzar los siguientes objetivos específicos: (i) identificar las características del sistema penal acusatorio Colombiano (ii) identificar los antecedentes del Ministerio público en el sistema penal colombiano y (iii) analizar las facultades de ministerio público en el sistema penal acusatorio.

## **2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

Al carecer de referentes internacionales y ser ajeno al sistema Penal acusatorio, de acuerdo a las funciones que en Colombia se le han asignado, es necesario elevar el cuestionamiento referente a si es fundamental la presencia del Ministerio Público Colombiano o si, por el contrario, la concepción sui generis de esta figura en Colombia, constituye un desarrollo de los principios acusatorios y las garantías procesales.

### **3. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN**

La metodología seleccionada como herramienta para la consecución de objetivos obedece al enfoque cualitativo con una técnica de revisión documental mediante el fichaje, fundamentada en los principios del enfoque hermenéutico. Para Ávila (2006) este tipo de investigación “consiste en la selección y recopilación de información por medio de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos de bibliotecas, hemerotecas, centros de documentación”. Por su parte, Vélez y Galeano (2002) definen la investigación documental como aquella donde “se recupera y trasciende reflexivamente el conocimiento acumulado sobre determinado tema para develar desde ella, la dinámica y lógica presentes en la descripción, explicación o interpretación que los fenómenos en cuestión hacen los teóricos o investigadores”.

Por su parte el enfoque hermenéutico como expone Gadamer (2012), permite la óptima interpretación de un texto, ya que se fundamenta en evitar la arbitrariedad y los criterios subjetivos del intérprete o investigador, centrándose únicamente en el contenido de los textos o eventos que se quieren interpretar. La relación existente entre el enfoque hermenéutico y la investigación revisión documental, se sustenta en las características básicas de estos: la vivencia humana y la práctica diaria como fuentes del conocimiento, la necesidad de inmersión por parte del investigador, la no teorización innecesaria de la actividad humana, y la no confusión entre la teoría sobre la actividad y la actividad misma, con un carácter primordial, la necesidad de que toda actividad estudiada sea revisada dentro del contexto en el que toma lugar. Estos elementos convierten al enfoque hermenéutico en un método idóneo para la presente investigación, al permitir la óptima recolección de información a partir de los principios que sustentan el sistema penal acusatorio, los antecedentes de la figura estudiada y sus facultades al interior del proceso penal.

## 4. APROXIMACIONES TEÓRICAS

### 4.1. Principios y Garantías Constitucionales en el proceso penal

En la Constitución se encuentran consagrados un conjunto de derechos, principios y garantías que configuran un modelo de proceso. La tutela efectiva (art 86) y el debido proceso (art. 29), se instituyen como derechos fundamentales pero a la vez como garantías de protección de los derechos frente a los poderes del Estado, los derechos son reconocidos como en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40 son de aplicación y exigencia inmediata. El proceso es definido como un instrumento de realización de la justicia.

Se ha justificado que el proceso penal se construye como consecuencia de la necesidad de asegurarle a todos, la libertad y la igualdad, en especial para moderar la superioridad del Estado dentro del mismo, por lo que surge el compromiso de establecer normas y mecanismos que limiten ese poder y se pueda cuestionar la actividad y decisiones del juez y demás funcionarios que actúan en el proceso. Con mayor razón, en este proceso, puesto que está en juego la dignidad humana, éste debe asumirse con una visión altamente garantista. Conviene señalar, en primer orden, la función limitadora que sobre el sistema penal ejercen los derechos humanos, pues debe ser claro que es la garantía sobre ellos el fin básico y esencial del sistema jurídico<sup>32</sup>. En este

---

<sup>32</sup> GÓMEZ LÓPEZ, Jesús O. (2000), Aproximaciones a un concepto democrático de culpabilidad. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, p. 102. GIMENO SENDRA, Vicente., Derecho Procesal Penal, Madrid, Editorial Colex, 2004 p. 61, argumenta que “el derecho fundamental a la libertad no se podría hacer valer con eficacia dentro del proceso, si no existieran otros derechos fundamentales de incidencia procesal, que, aunque no de modo exclusivo (Véase art. 18 CE), se encuentran contenidos esencialmente en el art. 24, de entre los cuales el más importante es el derecho a la defensa”

sentido el derecho Penal está sometido a la Constitución (art. 4 C Col, art. 7 CRBV, art. 9.1 y 3 CE)

El sistema Procesal Penal de Corte acusatorio introducido en el ordenamiento jurídico Colombiano a través del acto legislativo 003 de 2002, fue producto de la necesidad evidente de crear un procedimiento expedito, ágil y que evidenciara el respeto a los derechos y garantías de todos los intervinientes en el proceso penal, rindiendo culto a la consagración y respeto de Derechos y garantías contemplados en la constitución Política Colombiana.

Ha indicado la Honorable Corte Constitucional,<sup>33</sup> que los principios reguladores de la acción penal en Colombia, siguen gozando de rango constitucional, se interpretan a la luz de las disposiciones relevantes de los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan a Colombia (art. 93, C.P.), y deben ser desarrollados, por mandato de la Constitución, y \_del acto mismo Acto Legislativo 003 de 2002, a través de disposiciones legales orientadas a precisar su alcance y contenido específicos en el contexto del procedimiento penal. Aunque bien señala Vásquez J., (2007) sobre la significancia de estos, son diversas las interpretaciones que se pueden desarrollar:

*“Mientras que por su acepción lingüística pueda entenderse como principio, “la primera parte de una cosa o acción, la base o fundamento de algo, las nociones primeras de una ciencia, el concepto o idea fundamental que sirve de base a un orden determinado de conocimientos o sobre la que se apoya un razonamiento”; y como Valor, “lo que una determinada moral establece como ideal”. Dentro de las áreas del saber cómo la filosofía del derecho y la teoría jurídica, estos*

---

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 2005; Magistrado Ponente: TAFUR GALVIS, Álvaro. Radicado: D-5412

*preceptos pueden representar un criterio fundante dentro de un sistema normativo.”*

En Colombia, los principios reguladores, como fundantes del procedimiento penal, están consagrados en el acto legislativo 003 de 2002, desarrollado en la ley 906 de 2004, como menciona Vásquez J., (2007) pg 78, el avance legislativo de lo que se ha denominado bajo el *nomen juris* de “*Título Preliminar*” dentro del Código de Procedimiento Penal, no es otra cosa que “*la continuación de un intitulado dentro del cual se consignan los preceptos axiológico-normativos que el legislador a impreso al sistema de enjuiciamiento penal colombiano.*”.

A continuación se relacionan algunos principios que por su incidencia en el tema de investigación es pertinente resaltar.

a) Principio de legalidad.

El principio de legalidad implica el respeto y acatamiento de las normas, especialmente aquellas pre existentes a la comisión de la conducta, distinguiéndose dos criterios fundamentales, la mera legalidad y la estricta legalidad (Ferrajoli, 2009). Esta última desarrolla una serie de garantías derivadas, como: la garantía criminal, jurisdiccional, ejecutiva o penitenciaria (Fernández, 2011). Beccaria, en su obra *De los delitos y las penas* es uno de los primeros tratadistas que llama la atención sobre el principio de Legalidad, como una reflexión frente al poder punitivo del Estado y la necesidad de limitación, pensamiento que podría considerarse punto de partida del garantismo moderno.

Un ciudadano no se encontrará en el limbo si comete una conducta punible, que dicho sea de paso también es considerada como punible previamente a su realización. En dónde con anterioridad a la misma se establece el procedimiento, las formas y demás situaciones procesales,

implicando que el principio de legalidad, aunado con la concepción del debido proceso, lo componen, entre otros (Ferrajoli, 2009), los siguientes postulados:

*Nulla poena sine crimine.*

*Nullum crimen sine lege.*

*Nulla culpa sine iudicio.*

*Nullun iudicium sine accusatione*

*Nulla accusatione sine probatione.*

*Nulla probatio sine defensione.*

El delito y la pena, deben existir previamente al acto que le es imputado al ser humano, en palabras de López: “El derecho punitivo del estado democrático solo puede criminalizar actos humanos; nadie puede ser juzgado ni condenado sino de conformidad con la ley pre existente al acto que se imputa; por tanto, el objeto de imputación solo puede ser un comportamiento humano, activo u omisivo, realizado como expresión de la conciencia y voluntad del autor, si no hay acto humano no puede haber delito. La misma expresión conducta implica entender que es una manifestación compuesta de una doble estructura, la fase objetiva y la fase subjetiva, configuración objetiva- subjetiva que será recogida en los tipos penales” (2015, p. 32)

Constituyen, a su vez, garantías inherentes al principio de legalidad la siguientes: garantía criminal, que implica que previo a la conducta endilgada deba existir la norma que la ha prohibido, la garantía jurisdiccional, que indica que previo a la comisión d la conducta deba estar asignado el juez competente para juzgar el asunto, garantía penal, que trata de que previo a la ejecución del comportamiento prohibido deba estar establecida la pena a imponer, la garantía de ejecución, que señala que previa a la conducta deba estar establecida la forma como esta ha de purgarse, entre otras. (Mir, S. 2014. Pg. 106)

b) Favorabilidad.

El principio de legalidad, es postulado rector del principio de favorabilidad, el cual implica que en la eventualidad de que coexistan leyes procesales, que regulen una misma situación jurídica, se verificarán los efectos sustanciales y se aplicará la que represente mayores beneficios a la suerte del procesado, conforme lo preceptúa el artículo 6 de la ley 906 de 2004.<sup>34</sup>

La Corte Constitucional también se ha pronunciado al respecto determinado que el principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse. El carácter imperativo del inciso segundo del artículo 29 de la Carta no deja duda al respecto y así lo enuncia el Alto Tribunal:

*“Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley. La retroactividad, por el contrario, significa que cuando la nueva ley contiene previsiones más favorables que las contempladas en la ley que deroga, la nueva ley se aplicará a los hechos delictivos ocurridos con anterioridad a su vigencia.”<sup>35</sup>*

La Corte también señala sobre el particular que, tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no hay lugar a distinciones entre normas sustantivas y normas

---

<sup>34</sup> Artículo 6 de la ley 906 de 2004. “la ley procesal de efectos sustanciales permisiva o favorable, aun cuando sea posterior a la actuación, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

<sup>35</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. TAFUR GALVIS, Álvaro. Radicado: D-5412.

procesales, debido a que el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales.

Como bien lo ha comentado Ronald Jesús Sanabria Villamizar <sup>36</sup>, bajo esta concepción de proceso, es dable valorar las reglas de prueba en términos de coherencia con la producción de conocimiento, pudiendo calificarlas como pro epistémicas, cuando la regla potencializa este fin, neutro o indiferentes al valor verdad y contra epistémicas, cuando la regla dificulta o impide la generación de conocimiento de los enunciados fácticos que son tema de prueba dentro de un proceso determinado (un ejemplo típico de este tipo de reglas sería la exclusión de prueba ilícita relevante).

Un claro ejemplo de aplicación de las instituciones del sistema penal acusatorio, frente a aquellas reguladas por el antiguo sistema procesal penal de la ley 600 de 2000, hace referencia a aquellos casos en los cuales se presentaba para la anterior ley, la sentencia anticipada cuya rebaja, después de la indagatoria y hasta antes de ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, era de 1/3 parte y frente a la nueva regulación de la ley 906 de 2004 que permite una rebaja de la mitad en sede de imputación de cargos presentándose que hay coexistencia de normas que regulan situaciones fácticas similares.<sup>37</sup>

Lo anterior por cuanto la aceptación o allanamiento de cargos como la sentencia anticipada son institutos que dan por terminado el proceso de forma anticipada, proceden de la voluntad libre, consiente y espontánea del procesado y conllevan a una rebaja sustancial, sólo que una es más conveniente que otra, por lo que la rebaja de la ley 906 de 2004, referente al allanamiento o aceptación de cargos en sede de imputación, se aplica por favorabilidad a las situaciones reguladas por la ley 600 de 2000 en donde se presenta la sentencia anticipada

---

<sup>36</sup> SANABRIA VILLAMIZAR, Ronald Jesús. *La Prueba Pericial En El Proceso Penal Colombiano*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm 4. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

<sup>37</sup> Espinel Rico, C. E., & Clavijo Rangel, S. L. (2017). Criterios para la inaplicación de la Ley 890 de 2004 en delitos con prohibición de beneficios en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 87-114.



Sin embargo, no sólo se han presentado situaciones en que se hace uso del concepto de favorabilidad a una norma posterior a la regulación procedimental penal anterior, asimismo el concepto de favorabilidad puede ser aplicado retroactivamente como ha ocurrido con procesos regulados por la ley 906 de 2004, a los cuales se han aplicado instituciones propias de la ley 600 de 2000, por encontrarse bajo unos mismos presupuestos fácticos, tal y como ha sucedido con el evento de la reparación integral, no contenido en la nueva ley, el cual se juzga en vigencia de la ley 906 de 2004.<sup>38</sup>

La Corte Constitucional se ha referido a dicha situación considerando que la aplicación del principio de favorabilidad es una competencia del juez de conocimiento, en cada caso particular y concreto, pues solo a él le corresponde determinar cuál es la norma que puede beneficiar o favorecer al procesado. Lo cual significa que el referido principio no es predicable frente a normas generales, impersonales y abstractas, como ya ha tenido oportunidad de señalarlo el Alto Tribunal:

*"En principio, el carácter más o menos restrictivo de una disposición penal, por sí misma, no quebranta la Constitución. El principio de favorabilidad, plasmado en el tercer inciso del artículo 29 de la C.P., se dirige al juzgador y supone la existencia de estatutos permisivos o favorables que coexisten junto a normas restrictivas o desfavorables. La aplicación preferente de la norma favorable no significa la inconstitucionalidad de la desfavorable dejada de aplicar, tacha que solo puede deducirse de su autónomo escrutinio frente a la Constitución". (...)*  
*"El juez al asumir la función de intérprete genuino de dos disposiciones penales, igualmente especiales, está positivamente vinculado, como todo hermeneuta en materia penal, por la norma que obliga a optar de manera preferente por la ley*

---

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia. Abril 13 de 2011. Magistrada Ponente: Dra. GONZÁLEZ DE LEMOS, María del Rosario. Radicado: 35946.

*permisiva o favorable, máxime cuando ésta es posterior en el tiempo y comprende en su contenido la materia tratada por la anterior (C.P. art. 29)”.<sup>39</sup>*

c) Derecho de Defensa.

Una de las condiciones de validez del proceso penal es la plena garantía y respeto del derecho de defensa, que constituye la expresión más evidente de la concepción del debido proceso y que, al interior del sistema penal acusatorio, implica no solo un derecho, sino una serie de derechos y garantías de obligatorio cumplimiento so pena de nulidad e inexistencia de los actos que se desarrollen sin acatamiento.

El ejercicio de la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La defensa material, es la que ejerce directamente el sindicado; La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un abogado escogido por el indiciado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública. En el proceso penal con tendencia acusatoria el derecho de defensa se evidencia más claramente con la especificación del principio de “igualdad de armas”. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que éste hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es completamente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales, en palabras de la Corte Constitucional:

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2011. Magistrado Ponente: Dr. VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Radicado: D-8301.

*“El principio de igualdad de armas “constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección.”<sup>40</sup>*

Hace parte de esta garantía fundamental el derecho a guardar silencio, a no auto incriminarse, la inmunidad penal, a entender los cargos que se presentan, a contar con un profesional del derecho que ejerza la defensa técnica, a conocer, presentar y controvertir las pruebas que se presenten en contra, a tener un juicio público, concentrado y con inmediación de las pruebas y a renunciar a algunos de estos derechos, en la eventualidad de negociaciones o allanamiento de cargos.

d) Principio dispositivo.

Éste principio, considerado pilar fundamental del proceso civil<sup>41</sup>, encuentra sustento en el proceso penal acusatorio colombiano al establecerse, en un primer momento, la necesidad de que existan sustento en las decisiones que se adopten, y, en un segundo momento, al prohibirle al juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio.<sup>42</sup>

En las diferentes actuaciones que requieren afectación de derechos y garantías fundamentales, se exige que el Juez al momento de adoptar su decisión adquiriera un grado de conocimiento

---

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 2011. Magistrado Ponente: Dra. CALLE CORREA, María Victoria. Radicado: D-8228.

<sup>41</sup> Palacios, citado por Aguirrezabal, lo define como “aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez.”

<sup>42</sup> **ARTÍCULO 361. Ley 906 de 2004. PROHIBICIÓN DE PRUEBAS DE OFICIO.** En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

determinado a partir de la interpretación de elementos materiales probatorios, siguiéndose la fórmula de exigir inferencia razonable a partir de estos o la exigencia de motivos fundados que sustenten su decisión.

Lo anterior implica que en el sistema penal acusatorio quien solicite pronunciamiento judicial para resolver una situación específica deba apoyar sus pretensiones con elementos de convicción<sup>43</sup> so pena de que sus argumentaciones sean consideradas especulaciones máxime cuando existe, como se indicó, una expresa prohibición hacia el funcionario judicial de ejercer pruebas de oficio situación que lleva a que cada parte sea activa y ejerza labores tendientes a demostrar sus afirmaciones.

Pese a lo anterior esta postura ha sido aclarada por la corte suprema de justicia en lo referente estableciendo excepciones al decreto de pruebas de oficio permitiéndose éstas, excepcionalmente, al trámite del incidente de reparación integral, la acción de revisión, al ejercicio del juez de control de garantías y aquellas necesarias en sede de ejecución de la sentencia.<sup>44</sup>

#### e) Derecho a un proceso justo

---

<sup>43</sup> El principio dispositivo constituye un pilar fundamental del proceso civil, en virtud del cual se entiende que la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses solo puede iniciarse a petición de parte. Tanto la iniciación del proceso como el contenido del objeto del mismo corresponde configurarlo exclusivamente a las partes, ello sin perjuicio de la facultad del juzgador para hacer un ajuste razonable a los pedimentos de los litigantes, siempre que no altere el tema discutido. Aguirrezabal, Maite, El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso<sup>[1]</sup> en el proceso civil chileno. Revista de derecho Privado, n.o 32, enero - junio de 2017.

<sup>44</sup> Al respecto puede consultarse el auto AP2356-2018 del 30 de mayo de 2018. Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Eugenio Fernandez Carlier, sobre la posibilidad de Decretar Pruebas de oficio en el incidente de reparación integral, la acción de Revisión, etc...

Bajo la denominación del debido proceso (due process of law)<sup>45</sup>, la nueva cultura jurídica engloba, al comenzar el siglo XXI, el conjunto de garantías que aseguran los derechos del ciudadano frente al poder judicial y que establecen los límites al poder jurisdiccional del Estado para afectar los derechos de las personas.<sup>46</sup> Tal vez, no es exagerado afirmar que el debido proceso al juicio imparcial, transparente e idóneo es el instrumento más importante del ser humano en defensa de su vida, libertad, valores, bienes y derechos. Es importante destacar que conforme al artículo 49 de la Constitución Nacional, el artículo 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, de 1966 y el artículo 8 de la Convención americana sobre derechos humanos, de 1969, el debido proceso no se aplica exclusivamente a la actuación judicial (civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, agraria, familia, constitucional, penal- militar) sino también a las administrativas, incluso en las actuaciones de particulares en que se ventilen derechos.

Partimos de la idea del proceso penal como algo mucho más complejo, es un centro de recolección epistémica, es el momento en el que se debe centrar toda la atención de los participantes en el juicio para que al juzgador le llegue.<sup>47</sup> El debido proceso se estatuye como

---

<sup>45</sup> A partir de la quinta y sexta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, de 1781, prácticamente todas las constituciones de los estados democráticos incorporaron las garantías del debido proceso y el juicio público equitativo e imparcial y les confirieron rango de derecho fundamental. Empero, ese derecho fundamental no fue respetado en Europa por las tiranías nazi de ADOLF HITLER en Alemania y fascista de BENITO MUSSOLINI en Italia, y en países de otros continentes por las dictaduras imperantes.

40 GARRIDO de CÁRDENAS, Antonieta. ““El debido proceso como derecho fundamental en la constitución de 1999 y sus medios de protección”, en Bases y principios del sistema constitucional venezolano, 2 Tomos. Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. San Cristóbal, 2001. tomo I, p. 130. expresa la autora que “ 1) El debido proceso se consagra como derecho individual de carácter fundamental, integrado por un conjunto de garantías constitucionales de naturaleza procesal, que permiten su efectividad, 2) El debido proceso, se encuentra cimentado sobre la base de que se garantice al individuo por parte del Estado, un procedimiento justo, razonable y confiable en el momento que se imponga su actuación ante los órganos administrativos o jurisdiccionales.

<sup>46</sup> GARRIDO de CÁRDENAS, Antonieta. ““El debido proceso como derecho fundamental en la constitución de 1999 y sus medios de protección”, en Bases y principios del sistema constitucional venezolano, 2 Tomos. Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. San Cristóbal, 2001. tomo I, p. 130. expresa la autora que “ 1) El debido proceso se consagra como derecho individual de carácter fundamental, integrado por un conjunto de garantías constitucionales de naturaleza procesal, que permiten su efectividad, 2) El debido proceso, se encuentra cimentado sobre la base de que se garantice al individuo por parte del Estado, un procedimiento justo, razonable y confiable en el momento que se imponga su actuación ante los órganos administrativos o jurisdiccionales.

<sup>47</sup> PÁEZ JAIMES, Juan Camilo. La Invalidez Lógico-Jurídico De La Aplicación De La Dinamización De La Carga De La Prueba En El Proceso Penal Colombiano Permitida Por La Sala Penal De La Corte Suprema De Justicia. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 4. Págs. Xxxx a xxx. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

una garantía y un derecho fundamental. Como garantía en cuanto recoge el proceso como tutela efectiva de los derechos y que aquel debe movilizarse bajo la legalidad del obrar y la fundamentación adecuada de cada una de sus resoluciones. Como derecho en cuanto pertenece a la esfera fundamental de la persona y constituye un mandato para los jueces y cualquiera otra autoridad (poder), sea de la naturaleza que sea, abarcando incluso las relaciones entre particulares.<sup>48</sup>

En diversos autores se encuentra una aproximación a la definición del debido proceso siempre relacionándolo con las garantías que deben darse para que haya un proceso satisfactorio de justicia, así nos dice VILLAMIL PORTILLA "La doctrina define el debido proceso como la suma de garantías que protegen al ciudadano, sometido a cualquier proceso, aquellas le aseguran a lo largo de la actuación una recta y cumplida administración de justicia, la seguridad jurídica y la emisión de las resoluciones judiciales conforme a derecho"<sup>49</sup>.

Lo establecido en el artículo 29 de la Constitución colombiana, forma un grupo de garantías procesales que sin duda tienen el carácter de derechos fundamentales<sup>50</sup>. Estos principios son

---

<sup>48</sup> IBÍDEM, p. 130. "El debido proceso, debe entenderse como derecho fundamental, que en materia procesal constituye piedra angular del Estado de Derecho. Cuenta con una doble finalidad: por una parte proteger los derechos fundamentales dentro de una relación procesal; y por la otra obtener del órgano al que compete una decisión no solo justa y razonable sino fundamentalmente confiable. Tal como está diseñado en la Constitución de 1999, el debido proceso bajo una óptica material, se erige como un derecho garantizador, y valga la redundancia, de garantías procesales, en consecuencia, es un límite frente al actuar de los órganos procedimentales (inclúyase en esta denominación administrativos y/o jurisdiccionales), y bajo una óptica formal, se consuma por la exigencia del cumplimiento de ciertos actos dentro del proceso cualesquiera sea su oportunidad y naturaleza".

<sup>49</sup> VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Teoría Constitucional del Proceso, Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 1999, p. 50.

<sup>50</sup> ORGANISMOS INTERNACIONALES. El debido proceso y el derecho a un juicio justo e imparcial, tal como se ha analizado en páginas anteriores, están amparados bajo el nombre de "garantías judiciales" en los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, de 1962; los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos o "Pacto de San José", de 1969 y el artículo 6 de la Convención Europea para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales, de 1950. En todo caso hay muchos organismos internacionales vigilando el cumplimiento del respeto a los derechos humanos, tales como: La comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, el Comité contra la Tortura, la Subcomisión de Prevención de discriminaciones y protección a las minorías, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Amnistía Internacional (AI), Pax Christi, Human Rights Watch, Comisión Andina de Juristas, Comisión Internacional de Juristas, Asociación de juristas demócratas, etc.

aplicables al conjunto de actos que conformen un expediente, pleito o proceso, abarcando tanto el ámbito judicial como el administrativo y el privado.

Finalmente, en este punto debe decirse que las garantías constitucionales procesales que conforman el debido proceso están íntimamente conectadas con la satisfacción del modelo político que las inspiran, esto es, con el Estado democrático; por supuesto, con el modelo jurídico-político del Estado democrático y social de derecho y de justicia; lo que significa que basta que ande mal dicho modelo, y ello se reflejará en el proceso. Por ejemplo, si hay irrespeto a la autonomía e independencia del poder judicial y del juez, es posible, entonces, la sumisión del juez al poder dominante y no existirá una justicia imparcial. El poder Judicial tiene que administrarse, organizarse y funcionar sin injerencia de los otros poderes para mantener la garantía del equilibrio entre poderes, de la efectividad de los derechos constitucionales y de una justicia transparente, idónea e imparcial.

En palabras de Sanabria: “la finalidad del Constituyente fue establecer un mecanismo jurídico de corte sancionador que tuviera la idoneidad de disuadir a los agentes estatales de cometer actos contrarios a los derechos fundamentales constitucionales para obtener evidencia útil para criminalizar a la delincuencia”<sup>51</sup>

#### f) Principio Acusatorio

En principio tenemos que la Constitución al consagrar la presunción de inocencia como derecho fundamental, impone a la acusación la carga de aportar las pruebas incriminatorias; pero,

---

<sup>51</sup> Sanabria Villamizar, R. J. (Julio-Diciembre de 2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), (83-110)

además, del art 29 constitucional se deriva la existencia de un sistema acusatorio que rige nuestro derecho penal y según el cual no hay condena sin acusación.

Se realiza sobre la base de la acusación, sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el País. En el sistema acusatorio el juez queda dispensado de la iniciativa de la persecución penal y, por consiguiente, a diferencia del juez instructor inquisidor no se auto-propone la materia del juicio la cual, por el contrario, se le presenta como contenido de la acusación que se postula y sostiene por persona distinta del juez. El acusador y el acusado; concurren ante el juez en igualdad de derechos y obligaciones, y el juzgamiento generalmente se hace en libertad hasta el pronunciamiento de la sentencia.

Consiste en la potestad del titular del ejercicio de la acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional penal, con fundamentos razonados y basados en las fuentes de prueba válidas, contra el sujeto agente del delito debidamente identificado. La dimensión práctica del acusatorio se concreta mediante el acto procesal penal que se denomina acusación. Sin acusación previa y válida no hay juicio oral. El órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento. La acusación válidamente formulada y admitida produce eficacia (efecto) vinculante. Su fundamento es la idea rectora de que sin previa acusación es imposible jurídicamente el advenimiento del juzgamiento oral, público y contradictorio.

En virtud del principio acusatorio se reconoce nítidamente la separación de funciones para el desarrollo del proceso penal: al Fiscal le corresponde la función demandante, la función persecutoria del delito, por ello es el titular del ejercicio de la acción penal pública y de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio (art. 200 NCPP) y está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado, con esa finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realizan los órganos de policía.



En tanto que al órgano jurisdiccional le corresponde la función decisoria, la función de fallo; dirige la etapa intermedia y la etapa de juzgamiento; le corresponde resolver los conflictos de contenido penal, expidiendo las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley. Este esquema supone la intervención de un acusador activo que investiga y requiere y de un tribunal pasivo, un árbitro entre las partes que controla y decide, preservando la efectiva vigencia de la imparcialidad judicial. Un fiscal que investiga sólo en la etapa preliminar, en plazos determinados y que tiene que acusar en base a elementos de convicción, En este sistema el Juez asume su rol de garante de la vigencia plena de los derechos humanos, este principio acusatorio tiene como finalidad principal realizar la garantía de imparcialidad del tribunal, esto es la actuación objetiva del tribunal, limitada a las tareas decisorias que no se comprometen con la hipótesis persecutoria.

El contenido intrínseco al principio acusatorio, es la necesidad del requerimiento del fiscal para iniciar el procedimiento, se trata de una exigencia que impide que el tribunal inicie de oficio a la investigación o someta a proceso al imputado de oficio. El juez por iniciativa propia no puede investigar o poner en marcha o impulsar el proceso. En consecuencia, el Principio Acusatorio implica la necesaria diferencia entre el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque ambas tienen una finalidad convergente: aplicar la ley penal en forma justa y correcta. Hay una diferenciación teórica, normativa y práctica entre la potestad persecutoria y la potestad jurisdiccional, por ello el titular de la potestad persecutoria del delito, del ejercicio público de la acción penal es el fiscal; en tanto que al Poder Judicial le corresponde exclusivamente dirigir la etapa intermedia y la etapa procesal del juzgamiento.

Implica también, que no se pueda condenar más allá de los hechos fijados en la acusación, de suerte que debe haber una correlación entre acusación y sentencia. Además, conlleva, en caso de impugnación, que no pueda agravarse la situación del recurrente (prohibición de la reformatio

in peius), a menos que la parte contraria haya introducido impugnación por considerarse agraviado con la sentencia.

La doctrina entiende el principio acusatorio como aquel que se lleva a cabo con base a una acusación por hechos calificados, por la ley, como punibles, rodeado de una serie de derechos y garantías<sup>56</sup>, es una definición simple. GIMENO SENDRA expresa que el principio acusatorio responde a los siguientes caracteres: a) atribución de la instrucción y juicio oral a órgano judicial diferentes, b) distribución de las funciones de acusar y juzgar, c) correlación entre acusación y fallo, y d) prohibición de la reformatio in peius.

El principio acusatorio en el sistema democrático y Estado constitucional supone un proceso con todas las garantías, siendo su esencia la separación de las funciones acusadoras y las decisoras, en las cuales se enfrentan las partes en igualdad de armas.

#### 4.2.El Ministerio Público y algunos referentes internacionales.

##### 4.2.1. Italia

Así pues,, sería de vital importancia señalar la experiencia italiana que adoptó un sistema adversarial siguiendo la senda tomada por Alemania con la Ordenanza Procesal, que otorgó atribuciones exclusivas al Ministerio Público en la investigación (Indagazione Preliminare), siendo esta indagatoria preparatoria sujeta a escrutinio por parte de juez de la investigación (Giudice per la indagine preliminare).

La vía italiana del Pubblico Ministero constituye una de las aportaciones más originales y a la vez discutidas en el actual contexto europeo. El vigente ordenamiento jurídico italiano relativo

al Ministerio Público, que arranca del decreto sobre organización judicial de 1941 y de la Constitución de 1947, configura al fiscal, en líneas muy generales, como un magistrado que, sin formar parte del Poder Judicial, goza de las mismas garantías que la magistratura, desvinculado del Poder Ejecutivo, sin una dependencia jerárquica nacional sino territorial y con una fuerte intervención en el proceso penal<sup>52</sup>. El Ministerio Público de Italia posee, como en la mayoría de los países de Europa Continental, el monopolio de la acción pública.

Otro aspecto interesante del Ministerio Público de Italia va en el sentido de su pertenencia al Poder Judicial, y dada su dimensión persecutora, los magistrados en Italia se dividen en Magistrados requeridores y Magistrados Juzgadores. Siendo el Ministerio Público un órgano absolutamente independiente de los jueces, y a lo interno del MP no existen jerarquía entre sus miembros, todos tienen el mismo rango, sin embargo, eso no impidió a que en el organigrama institucional se estableciera una relación de subordinación entre sus miembros por razones eminentemente prácticas.

Uno de los principios que rigen al Ministerio Público italiano, que coincide a la de otros países corresponde al de oportunidad, del cual, su aplicación se sujeta a limitaciones (reglado) y bajo control judicial. La negociación (Patteggiamento) la promueve el Ministerio Público en la audiencia preliminar e implica renunciar al juicio para que al imputado se le imponga una pena negociada o libertad bajo ciertas condiciones. Este procedimiento se aplica en aquellas infracciones penales que no superen los 5 años.

Si hubiera que elegir una palabra para definir en conjunto al modelo italiano de Ministerio Público, esa palabra sería, sin duda, la independencia. El modelo italiano de Ministerio Público se construye sobre una independencia política, una importante autonomía orgánica interna, una

---

<sup>52</sup> FLORES PRADA, Ignacio. Poder de acusar y el Modelos de Ministerio Público. El Ministerio Público en Italia. Sevilla. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, s/f.

clara independencia en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal, y una cierta independencia personal de cada uno de los miembros del Ministerio Público.

#### 4.2.2. Francia

En el modelo francés, que aún conserva el procedimiento mixto de instrucción preparatoria, el Ministerio Público juega un papel eminentemente subsidiario en materia criminal, pues es sabido que al juez de instrucción criminal, la ley le encarga la investigación de los hechos punibles catalogados como crímenes.

El Ministère public francés (también denominado Parquet)<sup>53</sup> es un órgano con rango de autoridad compuesto principalmente por magistrados —a veces representado por otras personas, como los funcionarios de la policía— que ejerce la acción pública contra las infracciones que hayan causado algún problema de orden público, y que vela por los intereses más generales de la población ante todas las jurisdicciones del ordenamiento judicial. Se encarga de emprender acciones penales y tiene el cometido de acusar (o no acusar). En Francia, está bajo la jerarquía del poder político a través del Ministro de Justicia (Garde des Sceaux) y la Dirección de Asuntos Penales e Indultos.

Sin embargo, en materia correccional la Ley le faculta al Ministerio Público la dirección de la investigación, apoderando la jurisdicción de juicio de manera directa porque en materia correccional no existe un juez instructor.

---

<sup>53</sup> El término Parquet procede del francés antiguo y su significado era parque pequeño o cercado: “Le parquet désigne le lieu où se tenaient les magistrats du Ministère Public : l’enceinte dans la grand chambre délimitée sur trois côtés par les sièges des juges et sur le quatrième par la barre, ce cœur de la salle, un espace clos et sacré, petit parc ou parquet” (Ministère de la justice et des libertés [www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10050&ssrubrique=10288&article=11910](http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10050&ssrubrique=10288&article=11910))

El Ministère public representa los intereses de la sociedad y con vistas a ello ejerce la acción pública (es decir, emprende las diligencias oportunas en tanto que demandante, interviniendo en el proceso como una parte principal). Actúa tanto en la fase de instrucción como durante el juicio. En el ámbito civil actúa de dos formas: como parte principal (como acusación o defensa) de oficio o en los casos especificados por la ley, o a favor de la defensa del orden público; o como parte interviniente cuando interviene para dar a conocer su parecer respecto a la aplicación de la ley en un asunto en el que tenga comunicación<sup>54</sup>.

Asimismo, los servicios de la policía judicial están a disposición del Ministère public a fin de investigar las infracciones, lo que le permite decidir o no la puesta en marcha de la acción pública.

En el país galo, los miembros del Ministerio Público pertenecen al Poder Judicial, pero esto no quiere decir que le deben lealtad a ese poder, puesto que están ligados por medio de una dirección jerárquica con el Ministerio de Justicia, institución que conoce, incluso, hasta las acciones disciplinarias de dichos miembros<sup>55</sup>.

Existe una marcada coincidencia en cuanto al criterio de oportunidad que se asemeja al de Estados Unidos: En Francia el MP le faculta de manera discrecional prescindir de la acción penal pública en infracciones penales hasta cinco años o negociar una pena con el acusado, sin control judicial y sin dictamen motivado, a través del mecanismo de Composition Pénale. Para llegar a un acuerdo con respecto a esta composición se necesita la conformidad del acusado y de que éste acepte las condiciones propuestas.

---

<sup>54</sup> DELGADO PUGÉ, Iván. La composición del Ministerio Fiscal en España y en Francia: cuestiones de traducción y terminología. *Anales de Filología Francesa*, n.o 18, 2010, pp. 119-135. [L]  
[SEP]

<sup>55</sup> Importante resaltar que el Ministerio de Justicia Francés traza la política criminal del Estado.

La aplicación de esta categoría al Ministerio Público parte de la necesaria distinción entre la autonomía funcional y la autonomía política en el sistema de ejercicio de la acción penal. Por un lado, al Gobierno corresponde el ámbito de decisión política, estableciendo los criterios y prioridades generales de la política criminal para el ejercicio de la acción penal. La ejecución se encomienda a una institución diferente, el Ministerio Público, que dispone de competencias exclusivas para aplicar dicha política criminal dentro de los márgenes de la legalidad.

El Ministerio Público, que es la parte pública del proceso penal francés, es decir, quien debe ejercer la acción pública, tiene a su cargo, además del poder de persecución, lo que en Francia se llama la *enquête préliminaire*, es decir, las primeras averiguaciones, que realiza con la ayuda de la Policía Judicial, con control del Procurador de la República y de la Cámara de Acusación. Desde 1990 trabaja una comisión, al parecer sin perspectivas de éxito de momento, en una reforma general del proceso penal, que introduciría entre otras la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal, con base en el fundamental argumento de parecer exorbitantes los poderes de investigación del actual Juez de Instrucción.

#### 4.2.3. España

El Ministerio Público guarda cierta similitud con el francés, ya que ambos países, son tributarios de la tradición del sistema mixto de enjuiciamiento penal. En España, la Constitución establece que el ministerio fiscal «ejerce sus funciones por medio de órganos propios», y la ley dispone— artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que éste se encuentra “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial”, lo cual no corresponde con la verdad, en virtud de que el gobierno es quien designa al Fiscal General del Estado<sup>56</sup>, aunque, antes de proponer el nombramiento al Rey, debe escuchar la opinión del Consejo General del Poder Judicial, opinión que no lo vincula.

---

<sup>56</sup> MARCHENA GÓMEZ, Manuel. *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp.25-26.

El gobierno puede remover libremente al Fiscal General. Con la existencia de este cargo, se intentó romper la dependencia jerárquica directa de la institución respecto al ministro de justicia; sin embargo, el Fiscal General depende políticamente del gobierno; la práctica así lo demuestra.

Un órgano dotado de autonomía con respecto al Poder Judicial, pero independiente con relación a la rama ejecutiva del gobierno español, dirigido por un Fiscal General elegido por el Rey, a propuesta del Gobierno Parlamentario, previa consulta del Consejo Judicial, se demarca como modelo a seguir a nivel de Ibero-América. El Ministerio Fiscal español se rige por los principios de unidad, jerarquía organizacional y de imparcialidad.

El ministerio fiscal es un órgano con relevancia constitucional al que el artículo 124 de la Constitución Española, dentro del título dedicado al Poder Judicial, se refiere en los siguientes términos: El ministerio fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante ellos la satisfacción del interés social. El ministerio fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

#### 4.2.4. Alemania

En Alemania, el ministerio público constituye un ente independiente del poder judicial y de la rama ejecutiva. Estamos ante un verdadero estamento de la persecución penal que por su configuración blindada cualquier injerencia que pueda socavar su funcionamiento.

El ministerio público en Alemania no se encuentra legalmente encuadrado dentro del poder ejecutivo ni del judicial, aunque constituye una rama independiente de la administración de justicia, que está situado entre esos dos poderes. Probablemente la anterior aseveración sea correcta desde un punto de vista formal, pero no material. Lo que importa es la autonomía real del ministerio público y de sus fiscales.

En Alemania, este tipo de procuración de justicia no ha conducido al deterioro de las libertades y de los derechos humanos, en virtud de un efectivo control jurisdiccional de los actos y decisiones del fiscal o de la policía.

Contrario al ministerio público de otras latitudes, su participación en el proceso no se considera como una parte, sino como un ente imparcial. En ese sentido, la doctrina apunta: “El fiscal del proceso penal alemán no es parte. Por ello no tiene que reunir, unilateralmente, material de cargo contra el imputado, sino que debe investigar las circunstancias que sirvan de descargo”<sup>57</sup> (subrayado nuestro).

En materia probatoria, se presentan ciertas diferencias entre los sistemas acusatorios de unos y otros países. Así, en Italia, las pruebas obtenidas irregularmente son sometidas a un régimen de nulidades procesales; en tanto que en Alemania, no existe una regla de exclusión general y el juez debe realizar un juicio de proporcionalidad al momento de analizar la validez de la prueba.

Finalmente, en cuanto al derecho continental europeo debe indicarse que en Alemania, Italia y Portugal, la atribución de la competencia para instruir las causas penales al ministerio público, cambio importante respecto a las regulaciones anteriores, ha sido fundamentada con base en diversas consideraciones, pero no tiene el mismo alcance en todos esos países, ni excluye en ningún caso absolutamente la actividad de un juez en la instrucción penal.

---

<sup>57</sup> ROXIN, C. Derecho Procesal Penal. ob. cit. p. 53



#### 4.2.5. Sistema Latino-Americano

Las ideas ventiladas en Europa han traspasado el Atlántico y han ido llegando a diversos países latinoamericanos, no curiosamente por influencia del poderoso vecino del norte, los Estados Unidos de Norteamérica, aunque con su apoyo económico importante para la reforma de la Justicia en esos Estados, sino a través de Europa y, principalmente del Derecho alemán.

En América Latina encontramos una riqueza de modelos propios e interesantes, aunque, sin reconocer marcadas influencias con los modelos de Europa.

En Argentina, por ejemplo, el ministerio público, al igual que en Alemania, es un ente independiente al Poder Judicial y su función se bifurca. Y aquí reside lo interesante de este modelo. Es un órgano constitucional bicéfalo integrado por el Ministerio Público Fiscal, dirigido por el Procurador General de la Nación y encargado de la acción de los fiscales, y el Ministerio Público de Defensa dirigido por el Defensor General de la Nación y encargado de la acción de los defensores oficiales o públicos<sup>189</sup>. Los fiscales son los encargados de defender los intereses públicos en los procesos judiciales, instando la acción pública, en tanto que los defensores públicos son los encargados de defender los derechos de las personas perseguidas por los tribunales del país o que, por alguna circunstancia no pueden ejercer su defensa, como en el caso de los menores, incapaces o afectados por discriminaciones.

El Ministerio Público es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. El MP Argentino se divide en una rama acusadora denominada Ministerio Público Fiscal y en un Ministerio Público de la Defensa. Es decir, la defensoría pública es parte integral del Ministerio Público.

Argentina, país federado<sup>58</sup>, los sistemas procesales son disímiles porque algunas provincias han adoptado el modelo adversarial y otros el mixto. Aunque el sistema federado todavía sigue bajo la égida del modelo inquisitivo reformado, obviamente hay excepciones como es el caso de la provincia de Salta<sup>59</sup>.

En Costa Rica, en donde ya está consagrada legalmente la investigación a cargo del Ministerio Fiscal, aunque todavía no entrada en vigor, puede ser útil distinguir tres períodos de tiempo en la evolución que ha llevado a esta conclusión: 1o) Por un lado, el Código de Procedimientos Penales de 1973, que sustituyó al de 1910 tomando como modelo el Código de Procedimientos Penales argentino de la provincia de Córdoba,<sup>60</sup> dispuso en su art. 186, par. I que "el Juez de Instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción", permitiéndose una mínima actividad instructoria a cargo del Ministerio Público en caso de citación directa (art. 404), que era un proceso penal, allí catalogado de especial, para el enjuiciamiento de delitos menos graves o cometidos flagrantemente (art. 401)<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Las Provincias son verdaderos estados con legislaciones internas emanadas de parlamentos provinciales; distinguiéndose de la legislación federal.

<sup>59</sup> Aunque actualmente cursa en el Congreso Argentino una reforma que consagrará una justicia penal acusatoria, desformalizada y excluyendo el sumario.

<sup>60</sup> El Código costarricense de 1973 fue redactado por el jurista argentino Alfredo VELEZ MARICONDE, el autor del Código de Córdoba de 1939 y del Código de la misma provincia argentina de 1970. con colaboración de v. SOLER, Sebastián y LLOBET RODRÍGUEZ, J. La reforma procesal penal Un análisis comparativo latinoamericano-alemán. San José: Escuela Judicial, 1993. p. 13. El Código argentino de Córdoba se inspiró a su vez en los Códigos procesales penales italianos de 1913 y 1930 (el llamado Código ROCCO, antes mencionado, obra de MANZINI). Véase MAIER, J.B.J. La reforma del procedimiento penal en Costa Rica. Revista Judicial de Costa Rica, 1989. No 47, p. 101.

<sup>61</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ / MORA MORA / HOUED VEGA. Perspectivas de reformas al Código de Procedimientos penales. En: Revista Judicial de Costa Rica, 1989, No 47, p. 48. [1]

La doctrina que comentó estos preceptos se planteó lógicamente la conveniencia o no de que instruyera el Fiscal, dando una serie de argumentos en favor de sus tesis y criticando las contrarias<sup>62</sup>.

2o) En un período de tiempo que podríamos denominar intermedio, el de reforma, se elaboró un proyecto de nuevo Código Procesal Penal de 1994, inspirado en el Derecho europeo, en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1988<sup>63</sup> y en el nuevo Código Procesal Penal de Guatemala, que se apartó radicalmente de la orientación tradicional costarricense, optando indubitadamente por la instrucción de las causas penales competencia del Ministerio Público en su art. 72, si bien las medidas restrictivas de derechos fundamentales sólo podrán ser adoptadas judicialmente (art. 240).<sup>64</sup> Sus autores eran plenamente conscientes en ese tiempo de la necesidad de aprobar además paralelamente una Ley Orgánica del Ministerio Fiscal, inexistente en ese momento en Costa Rica, pero hoy ya aprobada, completándolo quizás con otras medidas<sup>65</sup>.

3o) Finalmente, con fecha 28 de marzo de 1996, la Asamblea Legislativa costarricense aprobó el nuevo Código Procesal Penal, que entrará en vigor el primer día del año 1998. Este Código, recogiendo la propuesta de reforma, atribuye al Ministerio Fiscal la competencia para lo que se denomina allí "investigación fiscal preparatoria", que debe practicar con objetividad (arts. 63, 180, 289, 290 y (p. 348)291CPP), quedando la competencia para adoptar medidas restrictivas de derechos constitucionales en manos del Juez, entre otras posibles actuaciones (por ejemplo, la prisión provisional, art. 238).<sup>66</sup> El precepto clave de los citados es el art. 290, I, en virtud del

---

<sup>62</sup> LLOBET RODRÍGUEZ, J. Código de Procedimientos Penales anotado y comentado. 2a edición. San José: Juricentro, 1991, pp. 210 y 492.

<sup>63</sup> Vid Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Disponible <http://www.iibdp.org/es/documentos.html><sup>[1]</sup><sup>[2]</sup><sup>[3]</sup>

<sup>64</sup> CRUZ CASTRO, F. Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica. Revista costarricense de Ciencias Penales 1994, No 8, pp. 46 a 48.<sup>[1]</sup><sup>[2]</sup>

<sup>65</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal Revista costarricense Ciencias Penales, 1993, No 7, pp. 63 a 69.<sup>[1]</sup><sup>[2]</sup>

<sup>66</sup> Véanse los comentarios sobre el Ministerio Fiscal publicados en la obra colectiva, editada por la Corte Suprema de Justicia y la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Reflexiones sobre el nuevo proceso penal San José de Costa Rica: Imprenta Mundo Gráfico, 1996, cuyos autores principales son: MORA MORA, L.P. Los principios fundamentales que informan el Código, pp. 3 y ss; TIJERINO PACHECO, J.M. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, pp. 88 y ss. ; CRUZ CASTRO, F. El Ministerio Público en el nuevo Código, pp. 251 y ss.; y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, D. El procedimiento preparatorio, pp. 547 y ss.

cual "el Ministerio Público practicará las diligencias y actuaciones de la investigación preparatoria que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional".

La razón fundamental del cambio se sostiene en que la investigación a cargo del proceso es mucho más imparcial, objetiva y justa para lo verdaderamente importante, el juicio oral, si la realiza el Ministerio Fiscal que, de ir el proceso penal normalmente, se convertirá luego en parte acusadora, que si la continúa llevando el juez. Esta paradoja de que investigue quien va a ser parte y su insalvabilidad deberá ser convenientemente analizada.

#### 4.3. Antecedentes de la figura del Ministerio Público en Colombia.

Continuando con la línea investigativa propuesta en la presente tesis, es necesario desarrollar un recorrido histórico sobre los orígenes del Ministerio Público, su nacimiento legislativo, así como exponer el contexto político colombiano que dio origen a dicha figura y los principios rectores que lo soportan en la actualidad.

Pues bien, el Ministerio Público, conforme a los lineamientos constitucionales y legales actuales, está constituido como un organismo de control encabezado por el Procurador General de la Nación, conforme lo establecen los artículos 275 y siguientes de la Constitución Política colombiana, pero su concepción y naturaleza ha tenido una evolución peculiar en el ordenamiento jurídico interno, especialmente por su rol en materia penal, frente al sistema acusatorio adoptado mediante el acto legislativo 03 de 2004; el Ministerio Público está definido como: "Un órgano de control autónomo e independiente, que ejerce funciones relacionadas con la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés colectivo y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas".

El antecedente histórico más remoto de la figura del Procurador, se encuentra en el reglamento provisional para el establecimiento del poder judicial, expedido por el Congreso de Angostura, el 25 de febrero de 1819, aunque según FIERRO H., “su introducción constitucional se evidenció en la Carta de 1830 ya que no fue tenido en cuenta este decreto por los constituyentes en 1821”<sup>468</sup> Cortés G., (2003) Pg 14.

Sin embargo, en el periodo comprendido de 1821 hasta la institucionalización constitucional en la Carta de 1830, las funciones que pueden considerarse como atribuidas posteriormente al Ministerio Público, las ejercían los fiscales de la Alta Corte de Justicia, quienes obligatoriamente emitían concepto en las causas criminales, de hacienda pública y civiles así como la participación, con los magistrados, en las decisiones de empate (Ley 14 de 1821).

De acuerdo a la compilación realizada por CORTÉS G., “la institucionalización del Ministerio Público, dio a lugar en la Constitución de 1830, expedida el 29 de abril de ese año, en virtud del artículo 100 de dicha Carta”; en dicha Carta Política, se crea la figura del Procurador como agente del poder ejecutivo, con atribuciones para defender a la nación ante los tribunales y juzgados, así como velar por el cumplimiento y observancia de la ley; estaba conformado por el Procurador General, los Procuradores Generales de los departamentos, los síndicos personeros y los agentes de Policía.<sup>67</sup> A pesar de la implementación constitucional de la carta de 1830, agrega el citado autor “el Ministerio Público dejó de ser una figura constitucional a partir de 1832 ya que las cartas fundamentales del Estado de Nueva Granada, de ese año, y la Carta de 1843, de la República de Nueva Granada, no lo contemplaron” por lo cual las funciones específicas del Ministerio Público fueron asumidas por los Fiscales de la Suprema Corte y los Fiscales de los tribunales de distrito y agentes fiscales.

---

<sup>67</sup> CORTES, Gustavo Adolfo; El Ministerio Público en lo penal; instituto de estudios del Ministerio Público, ob. cit. p. 16.

CORTÉS<sup>68</sup> señala que para el año 1853 “vuelve a institucionalizarse constitucionalmente la figura del Ministerio Público y del Procurador General, con la Constitución Política de la Nueva Granada de ese año”, en donde se le encarga a este ente la función de defender los intereses del estado, ejercer vigilancia sobre la Rama Judicial, dirigir la labor de los fiscales entre otras, y en especial la defensa de la Constitución.

En dicha carta política se disponía que el Procurador General y los fiscales de los tribunales fuesen designados por elección popular en atención a su carácter de representantes de la sociedad, a que en ella reside el poder de vigilancia de la actividad estatal, sin embargo éste sistema fue abolido debido a los inconvenientes que presentó su aplicación.

En la Constitución de 1863, conocida como Constitución de Rionegro, se regula la conformación y las funciones del Ministerio Público estableciéndose que éste estaba conformado por la cámara de representantes, por un procurador denominado Procurador General de la Nación y por las demás autoridades que regulara la ley (Voces del artículo 73 de la Constitución de 1863), teniendo, entre otras, las funciones de velar por el desempeño de los funcionarios de la Unión y ejercer la acusación ante el senado a la Corte Suprema Federal y a los funcionarios juzgados por esta corporación.

En 1886 se crea la Constitución que más ha perdurado en Colombia y en ella se estableció que el Ministerio Público sería ejercido por un procurador General de la Nación, por los fiscales de los tribunales superiores de distrito y por los demás fiscales y funcionarios que determinara la ley, todo lo anterior bajo la coordinación del Gobierno.

FIERRO señala que en la Carta política de 1886, “El Ministerio Público se encontraba bajo la dirección del gobierno, pero solo en lo atinente al direccionamiento político ya que las facultades

---

<sup>68</sup> IDEM, p. 17.

jerárquicas, funcional y disciplinaria radicaban exclusivamente en el Procurador” (Sentencia de fecha 14 de septiembre de 1971, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, citada por FIERRRO, entendiéndose este órgano como auxiliar de la Justicia y representante de los intereses legítimos de la sociedad cuyas funciones principales fueron: “perseguir los delitos y contravenciones, procurar la defensa de personas acusadas sin justa causa, velar por la fiel y exacta observancia de las leyes y buscar la indemnización de perjuicios”.

De acuerdo a la Ley 61 de 1886, el Ministerio Público y su desenvolvimiento en el proceso penal es ejercido por el Procurador General, los fiscales de tribunales, de juzgados y por los personeros, “teniendo que para el cabal cumplimiento de sus deberes, la facultad de demandar la práctica de pruebas ante los Jueces de instrucción criminal como a los superiores y de circuito e intervenía en ellas”. Asimismo emitía conceptos no vinculantes, al igual que en las funciones actuales en donde como representante de la sociedad en el proceso penal, puede demandar la condena o absolución pero su concepción no ata al juez de conocimiento. En otras palabras, la intervención del Ministerio Público anterior a 1991, era activa en el proceso, pero no decisoria ni obligante.

Pese a lo anterior, solo en la presidencia de Alfonso López Pumarejo es que el Ministerio Público en Colombia adquiere mayor relevancia ya que es reestructurado y dotado de más dependencias administrativas como la Dirección de Negocios Administrativos y Constitucionales, Sección de Vigilancia Administrativa y Estadística, Sección de Negocios Civiles y Sección de Negocios Penales y de Orden Social y se crearon los procuradores Delegados en lo Civil y en lo Penal.

Dos nuevas reformas constitucionales, de 1945 y 1947, dan un impulso a la figura del procurador y de los fiscales, el procurador pasa a ser elegido por la cámara de terna enviada por el primer mandatario, al mismo tiempo los agentes del Ministerio Público adquieren la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los magistrados y jueces ante quienes ejercerían el cargo.

Afirma CORTÉS G475., que “en 1964 se crean los procuradores de distrito, encargados de que en las regiones del país existiese una agencia del Ministerio público, vigilante de los fiscales y de la justicia y encargada de las demás funciones del Ministerio Público, dentro de cada jurisdicción.”

Con el decreto extraordinario 01 de 1984, por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo, se establecieron los deberes y facultades del Ministerio Público, correspondiéndoles a sus agentes velar por el ejercicio y efectividad del derecho de petición como lo señala el artículo 75 de dicho decreto:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución Política, corresponderá a los funcionarios del Ministerio Público velar por el ejercicio y la efectividad del derecho de petición. Los personeros municipales, como agentes del Ministerio Público, tendrán a su cargo: 1. Instruir debidamente a toda persona que, por manifestación propia, desee o deba formular alguna petición. 2. Escribir la petición de que se trate, si la persona no pudiere hacerlo por sí misma y ello fuere necesario, comprobando en este caso que se cumplan las formalidades previstas en este código. 3. Recibir y hacer tramitar las peticiones o recursos que las autoridades, por cualquier motivo, no hayan querido recibir. 4. Aplicar medidas disciplinarias o solicitar su aplicación al que sea competente, a los funcionarios que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición o incurran en las conductas previstas en el artículo siguiente. 5. Vigilar en forma constante y directa los sistemas para el cobro de las tarifas de los servicios públicos, y asegurar que los reclamos y recursos se tramiten en forma rápida y legal. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las facultades y deberes constitucionales y legales del Procurador General de la Nación, los procuradores regionales o distritales, los fiscales de los tribunales y juzgados superiores y demás funcionarios del Ministerio Público, los cuales deberán cooperar al cumplimiento de lo previsto en este código y aplicar de oficio



o a petición de parte, medidas disciplinarias a los funcionarios o empleados que les estén sometidos y que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición.

La ley 4a de 1990, publicada en el diario oficial el 5 de enero de ese año, fortalece las funciones de las procuradurías regionales y seccionales que asumen, por competencia, la denominación de departamentales, intendenciales, comisariales y provinciales.

Esta ley introduce herramientas más eficaces para la defensa de los derechos e intereses de la nación, pues crea la procuraduría delegada en lo Civil que a su vez es conformada por las secciones de asuntos civiles, laborales y administrativos y de vigilancia de tribunales de arbitramento. (Artículo 1 de la ley 4 de 1990).

## **5. EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Y EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La nueva estructura del proceso penal adoptada por el Acto Legislativo 03 de 2002, por medio del cual se modificó el artículo 250 de la Constitución Política, desarrollado por la Ley 906 de 2004, la que a su vez fue reformada por la Ley 1142 de 2007, configuración normativa mediante la cual el constituyente derivado adoptó un sistema de enjuiciamiento acusatorio, requiere un cuidadoso estudio por los operadores jurídicos, en especial por parte de los fiscales y por todos los participantes, actores y observadores del sistema acusatorio en el país.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> AVELLA FRANCO, Pedro Oriol. Estructura del proceso penal acusatorio. Fiscalía General de La Nación Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses. 2007, p. 29.

El proceso penal en Colombia ha cursado por diversos sistemas de enjuiciamiento, que por sus características principales se han clasificado básicamente en dos modelos: el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo. De este último puede señalarse que ha sido adoptado por Estados “de condiciones antidemocráticas, dictatoriales y despóticas, que utilizaron el sistema penal como herramienta para la perpetuación del poder, matizado esencialmente por la circunstancia de ser el ente encargado de investigar las conductas delictivas, el mismo que ejercía las funciones de acusación, de juzgamiento, de imposición de la pena y su ejecución (...)”.

Dentro de sus máximas se encuentra la defensa de la escrituralidad, el secreto, la permanencia de la prueba y entre éstas la de confesión lograda mediante la tortura, en los famosos juicios de Dios, contrario, al sistema acusatorio que es observado en estados democráticos, expresando ROXIN<sup>70</sup> que “de su condición esencial es el hecho de que la acusación es función perfectamente diferenciada de la de juzgamiento, y que la defensa tiene reales posibilidades de hacer efectivas sus aspiraciones”.

La estructura principal del sistema acusatorio se consagra en la separación de las funciones de acusación y juzgamiento, la oralidad, la publicidad, la realización de la prueba en juicio y la imparcialidad del juez, por lo cual se entiende como un sistema adversarial, donde las partes, Fiscalía y defensa, se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o absuelve. Así mismo aparece plausible la participación del Ministerio Público y la víctima: “el primero en aras de salvaguardar el orden jurídico y la segunda para que se le garanticen la verdad, la justicia y la reparación”.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> ROXIN Claus. Derecho Procesal Penal, ob. cit., p. 4.

<sup>71</sup> HERRERA, Libardo. El papel del Ministerio Público en el sistema penal acusatorio colombiano. Bogotá: Colombia. 2010, P. 75.

Con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, se introdujeron incipientes sistemas procesales con tendencia acusatoria hasta concluir finalmente con la modificación sustancial que se llevó a cabo a través del Acto Legislativo 03 de 2002, desarrollado por la Ley 906 de 2004 que contiene el nuevo código de procedimiento penal, adoptándose un sistema con preferente adscripción acusatoria.

Este modelo que fuere resultado de “reflexiones serenas de quienes integraron la Comisión Constitucional y de muchos servidores de la Rama Judicial, integrantes de la academia, profesionales de derecho y gremios en general,” tiene como fundamento constitucional, los artículos 29 y 250.

El artículo 29 contempla el derecho de todo ciudadano a un proceso “público sin dilaciones injustificadas, así como a presentar pruebas y a controvertir las que allegue en su contra”; el artículo 250 dispone que:

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de garantías.

Del mismo modo, se sustenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos,

contentivos de normas superiores relativas a los principios de publicidad, oralidad, celeridad, inmediación y contradicción propias del sistema acusatorio.

### 5.1.El Ministerio Público en la ley 906 de 2004

La Ley 906 de 2004, introduce el llamado sistema penal acusatorio en Colombia, estableciendo en sus articulados la función del Ministerio en dos ejes fundamentales, el primero como garante de los derechos y garantías de los intervinientes y segundo como representante de la sociedad en el proceso, situación que permite un amplio espectro de facultades de este agente en el nuevo sistema procesal penal.

Esta entidad en materia penal es un interviniente en el proceso y desarrolla su labor a lo largo de la actuación, desde la indagación hasta el juicio oral y público, en donde tercia activamente en los actos de investigación realizados por la policía judicial, en coordinación con la Fiscalía, y participa en las diferentes audiencias preliminares, etapa ésta en la cual se dispone sobre la afectación o no de derechos y garantías de los intervinientes en el proceso penal.

Como interviniente en el nuevo esquema procesal penal goza de unas amplias facultades, que le permiten actuar en etapas de indagación e incluso intervenir en la fase de ejecución de la sentencia, a pesar de que en las discusiones iniciales no se tenía presupuestada la existencia del Ministerio Público, por no ser concebible dentro de un sistema de partes, en donde la fiscalía es la titular de la acción penal y lleva la dirección de la investigación y por su parte la defensa ejerce su labor amparada en una serie de postulados garantistas, por lo cual la presencia de una figura de carácter facultativa resultaba incoherente.

No obstante lo anterior, y ante la estructura del código de procedimiento penal, el Ministerio Público se presenta en un aparte diferente al de las partes e intervinientes, así lo explica en detalle FERNÁNDEZ:

“Bajo la denominación “Ministerio Público”, la Ley 906 de 2004 lo presenta en el título IV totalmente separado de las partes e intervinientes, lo que indiscutiblemente traduce que no pertenece, jurídicamente, a ninguna de estas dos categorías. Sin embargo, la Procuraduría cumple en el antejuicio y en el juicio un rol, no solo igual, sino superior al de los adversarios del clásico sistema penal acusatorio, caracterizado precisamente por una estructura trial que por igualdad y equilibrio rechaza la presencia de más de tres actores: dos institucionales, el Juez y el acusador y uno institucionalizado, que no es otro que el imputado representado por la defensa.”

Si bien la ubicación de esta figura jurídica en la Ley 906 de 2004 no es igual a las demás partes e intervinientes, lo cierto es que es un interviniente investido de amplias facultades que le permiten actuar en las diferentes etapas del proceso penal, pero con una particularidad, la cual es que su participación no resulta obligatoria sino facultativa y su presencia no afecta la validez de lo que se actuó en el sistema procesal acusatorio pues en sede de audiencias preliminares, la existencia del juez de control de garantías, propende por la protección de derechos y garantías de los intervinientes y en sede de juicio es menester del funcionario judicial velar por el cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales de todas las partes e intervinientes.

Como garante de los derechos humanos el Ministerio Público ejerce las siguientes funciones según el artículo 111, del código de procedimiento penal:

- Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia;

- Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los tratados internacionales, la Carta Política y la ley;
- Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa;
- Participar, cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en este código.

Y como representante de la sociedad en el proceso, según el artículo 111, del código de procedimiento penal:

- Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión;
- Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan;
- Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado; Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad.

La presencia del Ministerio Público en el nuevo sistema procesal penal se justifica verificando la esencia propia de la República de Colombia, como Estado Social de Derecho, garantista de los derechos humanos y protector del interés general sobre el particular, el cual instaura en sus máximas resguardo a las libertades individuales y límites al poder estatal; es por lo anterior que en los principios fundantes de la Carta Política, se enuncian las facultades intervencionistas del Estado, creándose un sistema de poderes y control al mismo, muestra de ello es la figura misma

del Ministerio Público, en cabeza del Procurador General de la Nación, el cual está facultado para defender el desarrollo y respeto de los derechos humanos y garantías de todos los ciudadanos, principalmente aquellos que se ven enfrentados a un juicio penal.

La Carta Política de 1991 definió al Ministerio Público como ente de control y no estableció límites en su participación, lo que facultó al legislador a instaurar las funciones de esta figura, por lo cual en el sistema procesal penal, su participación, intervención y movilidad ha tenido un amplio campo de acción.

## 5.2. El Ministerio Público y su papel en la indagación y en la investigación.

Desde el inicio del sistema procesal penal, una vez recibida la noticia criminal por denuncia, querrela, petición especial o de oficio, la Fiscalía General de la Nación, (Art. 66 de la ley 906 de 2004) como titular de la investigación y de la acción penal, desarrolla las actividades a seguir a efectos de verificar la materialidad del hecho que se le ha puesto en conocimiento y lograr así establecer quién es el autor o participe de la conducta correspondiente.

De acuerdo al artículo 207 (Ley 906 de 2004), en desarrollo de estas actividades, y como producto del plan metodológico:

El fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas.

Por lo cual, la investigación no requerirán orden de ninguna autoridad, sólo orden del fiscal y legalización posterior, ahora bien cuando ocurra una invasión de gran magnitud en la esfera de los derechos y garantías fundamental, será necesaria una orden previa por parte del Juez de Control de Garantías.

Entre mayor complejidad requiera el acto de investigación y mayor sea la invasión a la esfera de intimidad e invasión a los derechos y garantías del investigado, gran rigurosidad exigirá su práctica; caso contrario a los actos urgentes que al ser hechos de investigación que no invaden ostensiblemente derechos y garantías se ejercen por parte de los organismos atribuidos con la función de policía judicial sin necesidad de orden por parte del fiscal ni juez, tales como entrevistas, inspección al lugar de los hechos y demás similares.

Ya cuando el acto de investigación empieza a transgredir derechos y garantías requerirá orden previa por parte del fiscal y legalización posterior por parte del Juez de Control de Garantías, como es el caso del allanamiento a la morada, por parte de los miembros de policía judicial (Artículo 219 de la Ley 906 de 2004). Al respecto la honorable Corte Suprema de Justicia ha hecho mención:

En relación con la primera categoría de funciones, esto es, la de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, al Ministerio Público le corresponde, entre otras, las de ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales. En tal medida, debe verificar que las diligencias de allanamiento no se desvíen de su finalidad o se realicen sobre elementos u objetos no susceptibles de registro y que se lleven a cabo dentro de los términos pre establecidos ; igualmente, que se cumplan los presupuestos, objetivos, las limitaciones y el término establecidos



para la interceptación de comunicaciones, la búsqueda selectiva de datos, los registros y toma de muestras corporales, o exámenes científicos que involucren al indiciado o imputado, pues en caso contrario, se halla facultado para pedir la terminación o la limitación de la medida, o, de ser el caso, solicitar la exclusión de la evidencia obtenida con transgresión del ordenamiento jurídico

72

De otra parte, cuando se invade la esfera de derechos y garantías de las personas, necesariamente se requiere orden previa por parte del Juez de Control de Garantías, quien ante la solicitud y argumentación que hace el fiscal y una vez escuchados los planteamientos de los intervinientes, dicese de la víctima o su representante, o el mismo Ministerio Público, al verificar la viabilidad constitucional y legal del acto, pero sobre todo su necesidad, lo ordena para que sea practicado o de no resultar imperioso su cumplimiento lo niega.

Ante lo anterior se evidencia que el desarrollo del sistema procesal se efectúa con un lineamiento garantista en donde se propende por la mínima afectación de derechos y garantías estableciéndose parámetros rigurosos para la ejecución de ciertos actos de investigación y es allí en donde la intervención del Ministerio Público, como garante de los derechos humanos y derechos fundamentales, se materializa pues permite, en conjunto con el Juez de Control de Garantías, verificar la legalidad de los actos de investigación evacuados y dada su función de garante y representante de la sociedad puede estimar la legalidad o ilegalidad del mismo.

De igual forma, el Ministerio Público, en ejercicio de su papel garantista, tiene la potestad de asistir a todas las audiencias preliminares y verificar que ellas se realicen frente a los parámetros de legalidad y que el rol que desempeñan los intervinientes en el proceso penal sea cumplido por cada uno.

---

<sup>72</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 5 de octubre de 2011. Dr. Magistrado Ponente: BUSTOS MARTÍNEZ, José Leónidas. Radicado: 30592.

### 5.3.El Ministerio Público y su papel en la etapa de acusación

Según el artículo 336 de la Ley 906 de 2004, con la presentación del escrito de acusación, se inicia la etapa de juicio en el nuevo sistema procesal penal, la cual es seguida por la audiencia de formulación de acusación ante el Juez de Conocimiento, en la cual se determinará la calidad de víctima y se resolverá sobre lo pertinente a impedimentos que surjan en esta etapa procesal.

En dicha audiencia el fiscal efectuará la acusación formalmente y al finalizar la misma se fijará fecha y hora para la diligencia preparatoria del juicio, resaltándose en este aspecto que el rol del Ministerio Público, no se limita a escuchar la acusación sino que comprende la posibilidad de solicitar correcciones o adiciones al escrito de acusación, cuando éste no esté ajustado a los parámetros del artículo 337 del código de procedimiento penal, además, el escrito de acusación le es entregado a efectos de que conozca los pormenores de la acusación y vele porque el llamado descubrimiento probatorio se haga de la forma más completa.

Cuando el Ministerio Público asista a la audiencia de formulación de acusación, es deber del Juez de Conocimiento ponerle de presente el escrito de acusación y darle la oportunidad para que se manifieste las observaciones que a bien tenga sobre el mismo y se pronuncie sobre causales de impedimento que concurran en el funcionario judicial, situación que de presentarse puede o no ser tenida en cuenta por el Juez de Conocimiento y de resolverse contrario a la postura del Ministerio Público, éste está legitimado para recurrir cuando lo considere.

En todo caso, el rol del Ministerio Público en la audiencia de formulación de acusación se circunscribe a los postulados de legalidad y pretende que su función de garante se centre en que la acusación se realice, inicialmente con el respeto de derechos y garantías de las partes e intervinientes, y que no concurran nulidades que a la postre afecten el proceso y los postulados

de economía y celeridad de presentarse un impedimento y no ser puesto en conocimiento, por ejemplo.

#### 5.4.El Ministerio Público y su papel en la audiencia preparatoria y el descubrimiento probatorio.

La audiencia preparatoria tiene por objeto planear, delimitar y determinar la actividad probatoria que se desarrollará en la audiencia de juicio oral. Para adelantarla, es necesario que se haya realizado la audiencia de formulación de acusación. En relación con la misma la Corte Constitucional, en sentencia C-1194 de noviembre 5 de 2005 afirmó que “tiene como fundamento la fijación de las pruebas que se harán valer en el juicio oral”

Así las cosas, en la audiencia preparatoria se llevarán a cabo lo atinente a las solicitudes probatorias de cada una de las partes, la fiscalía y la defensa enunciarán las pruebas que pretenderán hacer valer y argumentarán lo correspondiente a pertinencia y conducencia a fin de que sus pruebas sean decretadas, así mismo se llevarán a cabo las estipulaciones probatorias.

Frente a la posibilidad de que el Ministerio Público solicite pruebas para ser practicadas en el juicio oral y público se requiere una ponderación más rigurosa sobre el decreto o no de las mismas, habida consideración de que éstas eventualmente influyan sobre alguna de las pretensiones defendidas, acusación o defensa, como lo ha indicado la Corte Suprema de justicia “Este desequilibrio podría generar efectos nocivos para las posibilidades defensivas, si, por ejemplo, el Ministerio Público, para tratar de encubrir la negligencia del órgano acusador” Proceso 30592. Providencia del cinco (05) de octubre de dos mil once (2011). M.P. José Leónidas Bustos Martínez

En la misma oportunidad la corte señaló lo siguiente, frente a la carga adicional del juez de conocimiento para mantener el equilibrio procesal: **“Cabe señalar que dicha facultad de iniciativa probatoria, debe ser celosamente ponderada por el Juez, más que por las partes intervinientes, toda vez que la normatividad le adscribe a aquél, como tercero supra parte en el proceso, el deber de preservar el equilibrio entre acusación y defensa.** En consecuencia, le compete impedir, limitar o morigerar, según sea el caso, todas aquellas actuaciones o intervenciones del Ministerio Público que puedan comprometerlo, rechazando las preguntas que excedan el propósito de complementariedad fijado en la ley y se aproximen a un interrogatorio o un contrainterrogatorio vedado por el ordenamiento, por tratarse de hechos o circunstancias que no han sido materia de postulación”. (Negrilla de la Sala).

En cuanto a las estipulaciones probatorias, el papel que desempeña el Ministerio Público se circunscribe a la verificación de que las mismas sean legales y que en el proceso de dar por ciertos hechos y circunstancias probadas, no desborde la esencia del debate probatorio, por ejemplo estipularse la responsabilidad penal, lo que dejaría el debate probatorio en la nada.

Cumplido todo lo señalado anteriormente, el juez debe proceder a ordenar las pruebas solicitadas por las partes, atendiendo las reglas de pertinencia y admisibilidad.<sup>73</sup> En esta audiencia, destáquese, no hay controversia probatoria.

#### 5.5.El Ministerio Público en el juicio oral.

En la audiencia de juicio oral y público se inicia el debate probatorio y se presenta la llamada teoría del caso (Artículo 371 de la ley 906 de 2004) por parte de la fiscalía y la defensa, sin que ningún otro interviniente presente esta hipótesis argumentativa ya que de lo contrario afectaría el principio de igualdad de armas y el equilibrio argumentativo entre defensa y fiscalía que en esta parte se presentase.

---

<sup>73</sup> Artículo 376 de la Ley 906 de 2004.

Además de lo anterior, el limitante para que el Ministerio Público presente una teoría del caso es apenas lógico, pues de hacerlo estaría contrariando su esencia y naturaleza ya que está constituido es como un garante representante de la sociedad y defensor de los derechos humanos, lo que indica su neutralidad en las resultas del proceso, y de hacerlo evidenciaría su tendencia a verificar alguna de las pretensiones del juicio, la absolución o condena.

#### 5.6.El Ministerio Público, su rol en el debate probatorio.

En el debate probatorio las partes intervienen en la práctica de la prueba, ejerciendo el interrogatorio y los conainterrogatorios conforme a la técnica establecida, en esta práctica el Ministerio Público, al igual que el Juez, puede hacer preguntas complementarias a los testigos a efectos de que la información transmitida por estos sea lo más clara posible.

Considerando lo anterior en el ejercicio del debate probatorio se corre el riesgo de generar un evidente desequilibrio entre las partes, ya que frente a la facultad expresa de desarrollar preguntas complementarias por parte del Ministerio Público se puede llegar a establecer aspectos que alguna de las partes por negligencia no hizo en su respectivo interrogatorio o contra interrogatorio, lo que implica una vigilancia expresa y activa por parte del Juez de Conocimiento, precisamente para evitar que el sistema se desnaturalice y se afecte ostensiblemente el principio de igualdad de armas y el equilibrio entre las parte en el proceso.

De otra parte, ejerciendo la función de garante que le compete al Ministerio Público, éste puede oponerse a las preguntas que formulen las partes, cuando éstas no se ajusten a la técnica establecida para el interrogatorio y el conainterrogatorio, por ejemplo oponerse cuando en el interrogatorio directo se formulen preguntas que sugieran la respuesta o que sean repetitivas, o

en el concontrainterrogatorio que sean preguntas confusas y que ofendan a los testigos lo que legitima al Ministerio Público para actuar y conjurar ésta desviación en el proceso.

En todo caso, en desarrollo del debate probatorio y del juicio oral, el rol del Ministerio Público es limitado y solo se activa, por decirse así, cuando existe violación de derechos y garantías, cuando se presente desconocimiento de las ritualidades propias del sistema penal y cuando sea necesario dar claridad a un punto específico, la Corte Suprema de Justicia, ha ratificado dicha consideración de la siguiente manera:

El Ministerio Público como interviniente, tiene unas facultades limitadas en el curso del juicio oral, de acuerdo con las cuales únicamente cuando observe manifiesta violación de garantías y derechos fundamentales puede solicitar el uso de la palabra ante el juez, y excepcionalmente, con el único propósito de conseguir el ‘cabal conocimiento del caso’ el representante de la sociedad también podrá interrogar a los testigos, de lo cual se desprende que no tiene derecho a concontrainterrogar y menos a utilizar la técnica propia de este tipo de preguntas, pues aquella facultad no lo autoriza para suplir las deficiencias de las partes ni para introducir respuestas a interrogantes que fueran válidamente objetados entre ellas. Lo contrario sería permitirle que tome partido por una de las partes o se recargue y que en el juicio se desequilibre la igualdad que debe existir entre ellas. (Óp. Cit., Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 5 de octubre de 2011.)

#### 5.7.El Ministerio Público y la legitimación frente al sentido del fallo

Una vez terminado el debate probatorio las partes y los intervinientes presentaran sus alegaciones finales, sus conclusiones sobre lo que se acaba de ver en el debate probatorio y harán

su intervención solicitando absolución o condena, basados en las pruebas recaudadas, el Ministerio Público hará su intervención como representante de la sociedad y demandará al juez de conocimiento que condene o absuelva al procesado así lo estipula el artículo 443 de la ley 906 de 2004.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 102 de la ley 906 de 2004, de existir condena se iniciará, una vez ejecutoriado el fallo, el incidente de reparación integral el cual se da a lugar por solicitud de la víctima o su representante o por solicitud del fiscal o del Ministerio Público.

En Virtud del artículo 102 del Código de Procedimiento Penal, se faculta al Ministerio Público para que dé inicio al incidente de reparación integral en busca de la reparación de las víctimas, que dicho sea de paso, no solo se materializa frente a la pretensión económica sino que incluye infinidad de circunstancias en virtud de los derechos que a la víctima le asisten como lo son la verdad, justicia y reparación

#### 5.8.El Ministerio Público y su facultad de impugnar decisiones

En atención a la facultad que le asiste al Ministerio Público, de ser representante de la sociedad en el proceso penal y garante de los derechos y garantías de los intervinientes en el proceso, se encuentra facultado para impugnar decisiones proferidas en el curso del proceso, claro está, no deja de ser curioso que la señalada la función del Ministerio Público en ejercicio de los medios de impugnación se degrade al no estar limitada pues esta actuación se puede confundir claramente con la posición que asume una parte transgrediéndose el principio de igualdad de armas.

Es claro que si la decisión adoptada transgrede derechos y garantías esta debe ser impugnada y el Ministerio Público debe ejercer activamente su rol, pero también es cierto que al no estar

regulada la facultad de impugnación, para este sujeto sui generis, permite que se desborde y genere motivaciones diferentes a las referidas, ocasionando en muchos casos un desequilibrio entre los extremos procesales, siendo la incitación que impulsa las actuaciones de esta figura, en muchas oportunidades, únicamente de índole personal.

## **6. CONCLUSIONES**

El Estado Colombiano, como Estado Social de Derecho tiene dentro de sus funciones principales y constitucionales la de salvaguardar los derechos de todos sus ciudadanos, fundamentalmente el de la dignidad humana.

En la Constitución Política Colombiana de 1991, se establece la existencia del Ministerio Público, cuyo fin es garantizar y salvaguardar los derechos constitucionales de todos los ciudadanos, quedando dicha facultad en cabeza de la Procuraduría, facultando así su intervención en los procesos judiciales, en los casos en que sea necesario proteger el orden jurídico.

El encargo de la función mencionada anteriormente generó que se impusieran al Ministerio Público una amplia gama de facultades que le permiten participar e intervenir en todas las etapas de un proceso judicial, capacidades que lo llevan hasta a solicitar absolución o condena en el sentido del fallo o impugnar una decisión judicial.

Teniendo en cuenta que dentro de los principios que deben guiar un proceso judicial se tiene el de igualdad de las partes, al tener el Ministerio Público la facultad de influir sobre el sentido del fallo e impugnar decisiones, podría causarse un desequilibrio procesal, desbordando las funciones que le son propias al Estados.



En virtud de lo anterior, se ha visto que la participación del Ministerio Público en el sistema penal acusatorio colombiano establecido por la Ley 906 de 2004, resulta bastante controversial, por lo que se hace necesario que este tema sea objeto de estudio.

Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, se implementaron nuevas figuras como la del juez de control de garantías, el principio de oportunidad y en general la implantación de un nuevo esquema de procedimiento, centrándose en la oralidad con el fin de propender por la celeridad procesal.

Esta participación se lleva a cabo a través de las Procuradurías Delegadas para la Casación Penal, las Procuradurías Delegadas para la Investigación y Juzgamiento Penal, la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, los Procuradores Judiciales en lo Penal, los Personeros Distritales y Municipales, y los agentes especiales.

Al respecto, se han realizado distintos estudios investigativos sobre el tema objeto de discusión, en los cuales se entiende al Ministerio Público como un ente autónomo, pues sus actuaciones no deben beneficiar a la parte acusada o acusatoria, sino que obedece a la salvaguarda de los derechos de las partes y de los principios procesales como tal, además de que no es sujeto procesal, pues esta categoría aparece normativamente reservada a la Fiscalía General de la Nación y la defensa.

La participación de dicha entidad en las actividades investigativas de la Policía Judicial no tiene o sólo puede lograr su intervención en las oportunidades y condiciones procesalmente establecidas, a las cuales debe sujetarse, pues lo contrario implicaría suponer que goza de privilegios frente a la fiscalía, la defensa o las víctimas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el sistema penal acusatorio en Colombia, desarrolla la teoría garantista, es viable el cuestionamiento sobre la existencia de uno de los intervinientes en la dinámica procesal como lo es el Ministerio Público.

El Ministerio Público nace históricamente como una figura para la vigilancia y control de la correcta administración pública, posteriormente adquiere funciones de acusación, las de velar por el ejercicio y efectividad del derecho de petición y actuar en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos o garantías fundamentales, fue producto del avanzar y evolución histórico- legislativo del país.

La función propia de dicho organismos, que consiste en velar por el respeto de derechos humanos, la protección del patrimonio público y el orden jurídico, implica que desarrolle la función al igual que lo hacen los jueces de la república, orientados por el principio de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo la imparcialidad no es evidente ante la es la posibilidad que tiene de hacer preguntas complementarias en práctica de testimonios en el debate probatorio, facultad esta que solo le es otorgada al Juez y al Ministerio Público, las cuales, si bien pretenden el esclarecimiento de los hechos, dan lugar a apreciaciones subjetivas y un evidente desequilibrio ya que el desbordamiento en las preguntas implica que el juez de conocimiento limite la intervención y éste atento para que no se cree el desequilibrio entre las partes.

En relación al sistema penal acusatorio colombiano, una de las características más particulares es la presencia del Ministerio Público, quien en éste nuevo sistema de enjuiciamiento continua ejerciendo las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución política, pero su rol y participación en el sistema penal acusatorio es objeto de controversia.

El sistema penal acusatorio colombiano, instaurado a través de la Ley 906 de 2004, se rige por unos principios constitucionales, a saber: la dignidad humana, teniendo en cuenta que ninguna persona puede ser sometida a tratos crueles o inhumanos y que todo el actuar del Estado será en procura de la dignidad humana, especialmente, tratándose de un procesado, la prevalencia de tratados internacionales, aquellos que sean ratificados por Colombia y los que obedezcan al Derecho Internacional Humanitario; la igualdad, teniendo en cuenta el concepto de discriminación positiva y garantizando las mismas oportunidades de acceso de las partes a las pruebas y a las diferentes etapas durante el proceso, imparcialidad, legalidad y favorabilidad, la presunción de la inocencia, la defensa, entre otros.

De la misma manera, se incluyeron en este sistema otros principios que fueron integrados al sistema y que son más novedosos como el de oralidad, publicidad e intermediación, propios del nuevo sistema, basando el proceso en audiencias lo que significó no sólo innovación en la legislación colombiana, sino en los requisitos técnicos y tecnológicos para el desarrollo del proceso como tal; el derecho de las víctimas y el de intermediación.

Con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, las funciones otorgadas llegan a darle la facultad de concurrir a determinados actos sin que su presencia constituya un parámetro fundamental para la validez de la actuación.

Dicha participación en el proceso penal se justifica en el cumplimiento de la función garantista de los derechos de los ciudadanos que debe cumplir el Estado, especialmente, de aquellos que son objeto de juicio penal, función que se valida con la presencia del Ministerio Público dentro del mismo, sin embargo, en atención a que el respeto de los derechos y garantías atañen no solo al ministerio público sino a todos los intervinientes en el proceso, en especial dentro de las obligaciones establecidas a los funcionarios judiciales y la incorporación del juez de control de garantías, la necesidad del ministerio público no es clara.

El actuar del Ministerio Público dentro del proceso en el nuevo sistema penal acusatorio colombiano no sólo resulta controversial, sino que puede llegar a decirse que contradictorio, pues si bien exige imparcialidad en sus intervenciones no existe limitante normativo, ni posición jurisprudencial clara, que limite la actuación del ministerio público obligando al funcionario judicial estar atento a fin de evitar un desequilibrio en la dinámica procesal.

También se le otorga la facultad de tomar posición frente al sentido del fallo, situación que en su momento resulta inoficiosa o, en su defecto, puede llegar a dificultar la labor del juez al inclinar la balanza con sus intervenciones, desbordando así las funciones que le fueron impuestas y generando un desequilibrio entre las partes.

Así las cosas, resulta inoficiosa la participación de la entidad en los procesos penales, pues las funciones del Estado están ya cubiertas por parte de la figura del juez de garantías y no es necesario que el juez de conocimiento tenga una solicitud más a favor o en contra de la acusación.

En consecuencia del análisis realizado a lo largo de la presente investigación, no se considera que la participación del Ministerio Público sea imprescindible en el desarrollo del proceso dentro del nuevo sistema penal acusatorio colombiano como se ha indicado.

Lo anterior en atención a la evidente problemática que conlleva la introducción de una figura como el ministerio público al interior de un sistema procesal de corte acusatorio implicando que se tenga en Colombia un sistema con partes definidas, esto es fiscalía y defensa, unos intervinientes cuya función es clara, como lo es la víctima y su participación al interior del sistema, y un interviniente de amplias facultades, que puede incluso interrogar, de forma complementaria a los testigos, sin atender a las reglas propias del interrogatorio y contra interrogatorio, y demandar condena o absolución.

La implementación del sistema Penal acusatorio ha implicado un cambio en la concepción del procedimiento penal y un especial entendimiento de las instituciones propias del sistema, el respeto de derechos y garantías fundamentales ha sido el referente interpretativo en el desarrollo procesal, la obligación, de velar por el respeto de estos, que se le imprime a los funcionarios judiciales evidencia la innecesaria existencia del ministerio público.

Un desequilibrio en algunas etapas procesales, como lo es en el desarrollo del debate probatorio dada la posibilidad de preguntar a los testigos, a más de desnaturalizar la técnica probatoria propia del sistema procesal, presenta grandes limitantes en el ejercicio procesal pues implica que los funcionarios judiciales deban estar limitando la función del ministerio público para evitar un desequilibrio no pretendido en este tipo de sistemas.

De otro lado, el dejar una figura jurídica como el Ministerio Público en el sistema penal acusatorio colombiano, muy a pesar de que su finalidad sea el respeto de derechos y garantías, y sin negar que el sistema es muy a la colombiana, que no permite adscribirlo a uno de los sistemas procesales acusatorios existentes, ésta figura jurídica es muy ambigua y problemática impidiendo que el sistema se desarrolle a plenitud pues se crea una carga

evidente en el operador judicial, ya que debe estar atento para que esta institución no se desborde en su actuar y no genere desequilibrios procesales.

Pues bien la necesidad de existencia del ministerio público en el sistema penal acusatorio colombiano, como se indicó, no es clara y por el contrario es problemática y ambigua impidiendo el desarrollo del sistema procesal, de acuerdo a sus finalidades.

## **7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ÁVILA, H.L. (2006) Introducción a la metodología de la investigación Edición electrónica.  
Texto completo en [www.eumed.net/libros/2006c/203/](http://www.eumed.net/libros/2006c/203/)

CORTES, Gustavo Adolfo. El Ministerio Público en lo penal; instituto de estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación. 2003.

DELGADO PUGÉ, Iván. La composición del Ministerio Fiscal en España y en Francia: cuestiones de traducción y terminología. *Anales de Filología Francesa*, n 18, 2010, pp. 119-135.

ESPINEL RICO, C. E., & Clavijo Rangel, S. L. (2017). Criterios para la inaplicación de la Ley 890 de 2004 en delitos con prohibición de beneficios en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 8 (14), 87-114.

FERRAJOLLI, L. (2009). *Derecho Y Razón. Teoría Del Garantismo*. España: Editorial Trotta.

FERNÁNDEZ, J. (2011). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

FERNANDEZ LEON, Whanda. *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Volumen II, 2a. Edición*. Librería Ediciones del Profesional. 2010.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 4a. Edición, Madrid, Editorial Colex, 2004, pp. 78 y ss. <sup>[11]</sup><sub>SÉP.</sub>

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús O. Aproximaciones a un concepto democrático de culpabilidad. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2000.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal  
Revista costarricense Ciencias Penales, 1993, No 7

FERNANDEZ LEON, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Ob. cit. Volumen II, p.  
391<sup>[1]</sup><sub>[SEP]</sub>

FIERRO MÉNDEZ, H. El sistema por Audiencias del Proceso Penal Acusatorio. Editorial  
Doctrina y Ley. Bogotá, Colombia, 2012.

HERRERA, Libardo. El papel del Ministerio Público en el sistema penal acusatorio  
colombiano. Bogotá: Colombia. 2010.

LÓPEZ, D. (2015); El Derecho de los Jueces. Bogotá. Legis Editores.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel. El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro, Marcial Pons,  
Madrid, 1992

MIR PUIG, S. (2014); Derecho Penal Parte General. Madrid: Editorial Reppertor.

PÁEZ JAIMES, J.C. (2017). La Invalidez Lógico-Jurídico De La Aplicación De La  
Dinamización De La Carga De La Prueba En El Proceso Penal Colombiano Permitida Por

La Sala Penal De La Corte Suprema De Justicia. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 3(4). Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

POLANCO POLANCO, A. (2015). Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 217-240.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000

SANABRIA VILLAMIZAR, R.J. (2017). La Prueba Pericial En El Proceso Penal Colombiano. Universidad de Nariño: *Revista Científica Codex*, 3(4). Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

SANABRIA VILLAMIZAR, R. J. (2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 83-110.

VELEZ, Olga y GALEANO, M., Investigación cualitativa Estado del Arte. Universidad de Antioquia: Medellín.2002

VASQUEZ, Jean Paule. (2007). Los principios Rectores y garantías procesales en el sistema de enjuiciamiento Penal Colombiano. *Justicia Juris*. ISSN 1692-8591, Vol 8, octubre 2007-marzo 2009, pg. 69-83.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Teoría Constitucional del Proceso, Bogotá: Editorial Doctrina y Ley,1999, p. 50.



VICUÑA DE LA ROSA, M., & Castillo Galvis, S. H. (2014). La búsqueda de la verdad y la pasividad probatoria del juez penal. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 153-171.

## Dictamen Pericial En Abuso A Menor De 14 Años<sup>74</sup>

Johnny Marco Guevara Ortiz \*<sup>75</sup>

Fecha de recepción: 12 de abril de 2018

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2018

Referencia: GUEVARA ORTIZ, Johnny Marco. (2018). Dictamen Pericial En Abuso A Menor De 14 Años. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 4. Núm. 6. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

### Resumen

Se realizó un estudio de carácter práctico y teórico que se enfoca en dos ramas: el derecho y la psicología efectuando un gran aporte la segunda a la primera, porque la psicología resalta la importancia de la correcta aplicación del test de modo que garantice tanto los derechos de la víctima como del victimario, elaborando un análisis jurisprudencial y simultáneamente entrevistando a las diversas entidades que juegan un papel importante dentro del proceso como lo son la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional de Medicina Legal y por ultimo las ventajas y desventajas del protocolo SATAC que concluye en proponer la aplicación del

---

<sup>74</sup> La presente propuesta de investigación del Semillero De Psicología Jurídica María Ángela Cristina Tapias de la Universidad Libre Seccional Cúcuta surgió a partir de la siguiente jurisprudencia: T-078 del 2010 y a T-1015 del 2010 a partir del concepto de duda razonable. En el sistema penal Colombiano con tendencia acusatoria como estándar de evidencia para validar una condena criminal que no puede transformarse en una barrera judicial especialmente para las víctimas de delitos sexuales en casos de menores de 14 años, se considera un elemento valioso a la hora de probar este tipo de conductas dentro del proceso el que el juez debe valorar tanto el testimonio del menor como dictamen pericial hecho por el psicólogo de medicina más probable de una manera imparcial. El autor agradece a los integrantes del semillero Deisy Xiomara Arévalo- Forero, Nicolás Borrero –Mejía, Paula Collazos-Erazo , María Alexandra Martínez – Meneses.

<sup>75</sup> Psicólogo, de la Universidad de Pamplona 2004, con estudios de especialización en La Fundación Universitaria San Juan de Castellano en Ética y pedagogía 2013, Universidad Libre Seccional Cúcuta Especialista Salud y seguridad en el trabajo 2017, Magister en Orientación de la Conducta Centro de Investigaciones Psiquiátricas Psicológicas y Sexológicas de (2011), Magister en Orientación en Sexología Centro de Investigaciones Psiquiátricas Psicológicas y Sexológicas de (2012), Docente de la Universidad Libre desde 2005 hasta la actualidad, Director del Semillero De Psicología Jurídica: María Ángela Cristina Tapias.

protocolo Michigan para una optimización en el funcionamiento de este sistema a la hora de realizar el dictamen pericial de manera que reduzca la duda razonable.

**Palabras claves:** Dictamen pericial , SATAC ,Michigan, Duda Razonable .

## 1. INTRODUCCIÓN

La psicología jurídica se enfatiza en dos ramas: el derecho y la psicología. Por ende, permite el estudio de la conducta humana dentro del ámbito jurídico, lo cual es de una aplicación inmediata real de un derecho fundamental. El centro de psicología Aaron Beck ha definido la psicología jurídica como "una rama o especialidad de la psicología, y como tal es una disciplina aplicada, que trata de aplicar los conocimientos y técnicas básicas y experimentales propias de la psicología al estudio de la conducta humana en sus diferentes facetas dentro del ámbito legal, en sus diferentes contextos (tribunales, penitenciaría o asistencia víctimas, entre otros)" (Centro de Psicología Aaron Beck, 2005-2018). Por lo cual se ha evidenciado que la noción de la prueba trasciende el campo del derecho y permite llegar a una verdad probatoria<sup>76</sup>.

El sistema penal acusatorio reformado por el acto legislativo 03 de 2005, permite al legislador colombiano enunciar el principio de inmediación en materia probatoria, por eso establece que el juez debe tener en cuenta las pruebas practicadas y controvertidas en el juicio oral. El dictamen pericial es una opinión justificada científicamente y explicada por un experto versado en una ciencia donde se establece un valor probatorio no solo en lo argumentativo si no en las pruebas. "La corte constitucional colombiana en múltiples oportunidades ha reconocido el derecho a la prueba como derecho fundamental en todas sus manifestaciones en las actividades" (Beltrán Ferrer, y otros, 2010, pág. 98) por ello la búsqueda de la prueba debe respetar los derechos fundamentales, las garantías constitucionales y las formalidades legales por lo cual estos derechos son valores inalienables e inherentes de la naturaleza del hombre. Por consiguiente, la investigación se centra en 3 hipótesis.

Primero, la duda razonable se desarrolla conforme al estándar de convencimiento del juez. Por ello cuando hay duda respecto al implicado, un proceso penal le favorece debido a que las

---

<sup>76</sup> Sobre la verdad en el proceso judicial puede consultarse (Sánchez Novoa, 2013) (Vicuña de la Rosa, & Castillo Galvis, 2014).

pruebas presentadas en el juicio oral y público no demuestran la culpabilidad del hecho ilícito realizado por el supuesto autor del delito.

Segundo, el protocolo SATAC utilizado en abuso de menor de 14 años que realiza un psicólogo de la fiscalía general de la nación presenta un innúmero de actos equívocos.

Los menores de edad tienen una especial protección según el artículo 44 de la constitución política, donde se estipula la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás, por lo cual, la transcendencia respecto al protocolo SATAC en casos de abuso de menores de 14 años tienen una especial protección de tal forma en la actividad probatoria debe ser eficaz, para tal efecto donde no se revictimice al menor. El psicólogo de la fiscalía general de la nación no es catalogado como perito y por ello ese procedimiento semi-estructurado que busca conocer cómo sucedieron los hechos de abuso sexual pierde fundamento, y además la fiscalía general de la nación y el instituto de medicina legal se contradicen al momento de utilizar el protocolo para la investigación de los hechos contados por el menor abusado, debido a que la fiscalía argumenta que medicina legal utiliza el protocolo SATAC para la entrevista del niño, pero contradicen debido a que medicina legal aduce que ellos no lo utilizan el protocolo SATAC.

El tercero, se enfocará en la actividad que desarrolla el perito al momento de ir al juicio oral. Por ello, hay una índole de falencias donde la fiscalía que no es catalogada como perito presenta ese informe denominado protocolo SATAC y se refleja un innúmero de violación de derechos fundamentales, en consecuencia, a la ineficacia del funcionario de la fiscalía afectando tanto a la víctima como al victimario, es decir, se puede condenar a una persona siendo inocente o se puede absolver a una persona siendo culpable, debido al mal desarrollo de la práctica de pruebas.

Respecto a la calidad de medio de prueba del dictamen pericial y en qué momento procesal se ubica dentro del proceso penal es necesario realizar la siguiente aclaración, en la gran mayoría de las veces confunden el medio probatorio con el objeto de la prueba, debido a que el objeto de la prueba está constituido por el hecho que siempre es anterior al proceso mientras el medio probatorio se utiliza para incorporarlo a este y hacerlo conocer al juez.

La presente investigación es un resultado parcial, de carácter jurídico es de tipo descriptivo y de enfoque cualitativo. Se aplicó el método teórico hermenéutico de análisis documental, se examinó jurisprudencia de la Corte Constitucional y la corte suprema de justicia. Se diseñaron

fichas bibliográficas y jurisprudenciales para clasificar y organizar la información. Las técnicas de recolección de información empleadas fueron las Reseñas analíticas.

## **2. ¿QUÉ ES LA PERITACIÓN?**

En Colombia actualmente la peritación tiene la finalidad de dictaminar un resultado conforme a una prueba que puede estar involucrada en procesos penales, civiles o comerciales. Se le titula perito a las personas versadas en una ciencia que contribuyen a una prueba permitiéndole un certeza o credibilidad de un testigo involucrado en proceso judicial; la corte constitucional ha establecido "que el dictamen pericial consiste en una declaración de carácter técnico, científico o artístico, sobre hechos que interesan al proceso, rendida por personas que por sus conocimientos y su experiencia son considerados expertos en la materia respectiva." (Sentencia T-796, 2006).

Gómez Orbaneja y el propio Prieto Castro estiman que los peritos son auxiliares del juez, y que le proporcionan los conocimientos que éste no tiene, pero son necesarios para la resolución del pleito.

BONNIER afirma las pruebas son diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad.

La prueba puede significar lo que se quiere probar (objeto); la actividad destinada a ello (actividad probatoria); el procedimiento fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso (medio de prueba); el dato capaz de contribuir.

Devis Echandia, Hernando: "La peritación es una actividad procesal desarrollada por encargo judicial a personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos, científicos, permitiendo suministrar al Juez o razones para la formación de su convencimiento en razón a ciertos hechos cuyo entendimiento escapa a las actitudes del común de las gentes" (Devis Echandia , 2012, pág. 286)

Gómez Lara Cipriano: "La prueba pericial se hace necesaria en el proceso cuando, para observar, examinar el hecho que se trata de demostrar requiere conocimientos científicos o la experiencia de la práctica cotidiana de un arte u oficio". Según Luis Fernando Bedoya, respecto a la importancia de la prueba pericial, para que el informe sea admisible como evidencia es

necesaria la presencia del perito en el juicio oral, es decir el artículo 415 en su parte final expresa: “en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio” (Peláez Mejía & Sanabria Villamizar, 2017). Es decir, es una de las posiciones existentes de interpretación, dependen a su vez del modo en que el juez interprete la norma y su aplicación; uno de los aspectos a resaltar es la naturaleza jurídica de la prueba pericial permitiendo al juez lograr el enjuiciamiento más correcto de los hechos controvertidos. Según T-796 de 2006 donde la experticia es comprendida “Un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso, sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez” (Sentencia T-796, 2006).

La corte constitucional ha establecido que por su parte el demandado tiene el deber de probar los hechos que exoneran su responsabilidad dando lugar a la presunción de inocencia. “Las pruebas son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho pasado; la certeza se resuelve, en rigor en una máxima probabilidad” (Sentencia T-796, 2006)

El dictamen pericial es considerado un medio de prueba según el art 165 del código general del proceso y 233 del código de procedimiento penal. Se define como medio probatorio “el conjunto de actividades que se realizan en el proceso con el objeto de llevar la prueba de los hechos de la controversia” (Azula Camacho, 2010, pág. 101).

En el sistema penal acusatorio, regido por la ley 906 del 2004 reglamenta como medio de conocimiento todo lo que constituye como instrumento que son llevados al juicio y permite un descubrimiento de verdad procesal en los fines de la prueba. Por ello en el artículo 372 del código de procedimiento penal ha definido que “la prueba tiene por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o participe”. Es decir, permite que el juez tenga claridad y convencimiento de lo probatorio, permitiendo una decisión justa y conforme a la inmediación.

En ese entendido, es necesario investigar cuáles son las fallas en la política criminal relacionada con los fines de la pena en Colombia, toda vez que el fracaso del sistema penal y del control

social denominado pena, presume su adyacente nacimiento embarcado por tintes populistas, poco inclusivos a la teoría constitucional. Realizar un diagnóstico cuidadoso del problema político criminal, enfocado en la verificación de ciertas fallas, resultaría indispensables en un futuro, por el cual, se depararía propuestas en torno a la superación y deconstrucción de la política criminal, propugnando por la armonía social como fin del control social que ejerce el Estado a través del derecho penal. (Parra, 2017)

Existe una delgada línea entre la peritación o prueba por peritos respecto de la inspección judicial, actividad ejercida por el juez, defensa que se distingue de las actividades similares extraprocesales porque todas son actividades humanas. Sin embargo, la peritación tiene unas características particulares que desvelan su importancia dentro del proceso, como que son de carácter procesal y son por encargo judicial que ayudan en la función del juez como técnico en derecho.

“hablar de prueba solo se concibe como tal en el momento que el juez de conocimiento las acepte, de tal forma que el enunciado fáctico que se presenta en audiencias preliminares ante el juez con función de control de garantías funda su decisión con evidencia física, elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, por consiguiente, surge un problema, el de la motivación del juez.” (Hernández Ramírez, 2013).

## **2.1 Valoración probatoria del dictamen de los peritos y su estimación por el juez.**

El juez por lo general carece de los conocimientos necesarios sobre otras ciencias y cuestiones de arte, técnica, mecánica, numerosas actividades prácticas cuyo requisito fundamental es la larga experiencia, por lo tanto, se ve en la necesidad de verificar los hechos o determinar sus condiciones especiales por medio de expertos en la materia denominados peritos<sup>77</sup>.

Por ejemplo: cuando se alega que una persona sufrió, en cierta época una determinada enfermedad e incluso que fue una enfermedad grave, que puso en peligro su vida o implicó una incapacidad mental o física durante un tiempo o que todavía subsiste, es prueba conducente el testimonio de los médicos que la atendieron y percibieron sus síntomas y sus efectos, pero si se

---

<sup>77</sup> Sobre valoración puede consultarse (Reyes Sinisterra, 2013) y en relación a consideraciones epistémicas en materia procesal penal puede consultarse (Polanco Polanco, 2015).

necesita saber cuáles fueron las causas de esa enfermedad o sus efectos posteriores, no percibido por esos médicos , es indiscutible el dictamen de peritos , distintos de tales testigos. Es decir, el testigo técnico narra lo que percibió gracias a sus conocimientos técnicos, dándole las calificaciones técnicas o científicas que corresponden, pero no puede emitir dictámenes sobre las causas y los efectos de lo que observó, ni sobre avalúos basado en deducciones técnicas, porque entonces invade el terreno exclusivo de los peritos (Devis Echandia , 2012).

La controversia recae siempre y cuando no se exceda la función del perito, es decir, que no se pida que den calificaciones jurídicas de los hechos o percepciones de los mismos porque estaría llevando acaba una de las funciones del juez “por ejemplo si ciertos hechos constituyen o no el delito o la infracción contemplada en determinada norma legal.” (Devis Echandia , 2012). Respecto al objeto de la peritación posee ciertas características de las cuales se han nombrado algunas anteriormente, pero existen otras como actividad de personas calificadas en determinada área, encargo judicial previo, sobre hechos y no cuestiones jurídicas, hechos especiales en razón de su estudio y comprensión, declaración de ciencia por percepción y no por deducción o inducción, operación valorativa, medio de prueba (Devis Echandia , 2012).

### **3. ¿QUÉ ES LA DUDA RAZONABLE?**

La duda razonable desde el punto de vista del derecho anglosajón ha sido denominada la indescifrable duda razonable a pesar de que en sus orígenes fue claro; a partir de la epistemología con un enfoque filosófico “se trataba de verdades firmes y bien establecidas, fundadas en múltiples pruebas materiales y testimoniales” (Laudan , 2013, pág. 64); sin embargo, este concepto fue mutado por los jueces al tratar de emitir conceptos sobre el mismo también denominado BARD (Beyond a Reasable Doubt).

En los sistemas anglosajones, el perito es un testigo que tiene la categoría de experto en áreas científicas o técnicas. Cada parte puede presentar testigos expertos, a los que preparan y además, les pagan lo que en palabras de Taruffo genera “la figura del perito o testigo como un pistolero a sueldo, dispuesto a servir a la parte que lo convoca” (Grunstein Aguirrezabal , 2011).

“La duda se entiende como carencia de certeza y deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la imposibilidad probatoria para que se dictara sentencia condenatoria.” (Tribunal Superior de Bogotá, 2013)



En Colombia el sistema judicial se encarga no de encontrar la verdad absoluta en cuanto a un hecho, sino declarar un hecho como probable más allá de toda duda razonable. En este sentido, la importancia recae en analizar de la manera correcta y más profesional todas las actuaciones que estructuran un hecho en particular.

Es evidente que las entrevistas que hacen los psicólogos, ya sea de la fiscalía general de la nación o de medicina legal a una presunta víctima de delito sexual, se da de manera sesgada debido a que los sentimientos de desprecio que nacen sobre este tipo de conductas y la presión popular en algunos casos llevan a que los encargados de tomar este tipo de testimonios lo hagan de manera parcializada y no asuman de manera adecuada una postura neutra que ayude a construir una teoría del caso probablemente más acertada.

### **3.1. Jurisprudencia**

En distintas jurisprudencias la corte constitucional ha dejado muy claro que la duda razonable no puede transformarse en una barrera judicial para las víctimas de este tipo de delitos, es por esta razón que el testimonio de una víctima de delitos sexuales en particular si es menor de 14 años se considera un elemento material probatorio dentro del proceso judicial y se considera un elemento valioso a la hora de probar este tipo de conductas

Los menores gozan de una protección reforzada, por lo cual en este tipo de casos deben ser tratados siempre por un profesional que brinde un tratamiento psicológico y total credibilidad a la hora de tomar los testimonios del menor como elementos materiales probatorios en la etapa de juicio.

Es en esta etapa el juez debe valorar tanto el testimonio del menor como el dictamen pericial hecho por el psicólogo de medicina legal, también debe valorar las pruebas presentadas por la defensa.

En esta instancia procesal que el juez debe de una manera imparcial encontrar la verdad más probable, ponderando tanto la protección reforzada del menor por un lado y la presunción de inocencia del otro.

### **3.2. Doctrina**

La sociedad debe ser respaldada por una seguridad jurídica del gobierno que implica que el individuo no sea declarado culpable por algún delito donde no se evidencia el convencimiento de unos hechos jurídicamente relevantes conforme al proceso de juicio de tipicidad perfecto de la culpabilidad de dicho individuo expresada por un juez.

La ley 906 del 2004 del código de procedimiento penal se encuentra conformada por la certeza objetiva fundamentada por los medios de conocimientos, por ello se implica unos efectos normativos que son:

1. El artículo 7 del C. de P.P dice: “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda razonable”.
2. El artículo 372 del C. de P.P que establece los fines: “Las pruebas tiene por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”.
3. El artículo 378 del C. de P. P que dice “Contradicción. Las partes tiene la facultad de controvertir, tanto los medios de prueba como los elementos materiales probatorio y evidencia física presentados en el juicio, o aquellos que se practiquen por fuera de la audiencia pública.
4. El artículo 381 del C. de P.P que dice “Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.

La presunción de inocencia es un derecho fundamental que tiene toda persona hasta que no se le haya declarado culpable en una sentencia judicial, por lo cual va ligado con el in dubio pro reo, donde se evidencia que carece de certeza las pruebas presentadas ante un juez. Lo que se denomina “si no llegare el convencimiento más allá de toda duda razonable” (Sentencia C-782, 2005).

En consecuencia, cumple con una finalidad constitucional como el debido proceso, artículo 29 de la constitución política de Colombia: Afirma que mientras haya duda respecto a la responsabilidad del delito cometido por la persona será absuelta ya que toda duda se presenta a favor del procesado, y para proferir la sentencia condenatorio por un juez deberá tener pleno convencimiento de la responsabilidad penal.,

El CPP, también regula un sistema de prueba pericial de parte, tal como lo señala (Villamizar, 2017) para la descripción de la producción de esta prueba en el proceso penal, de esta forma se estudia de manera independiente cada una de las etapas del procedimiento probatorio, teniendo en cuenta que, si bien están directamente relacionadas, analíticamente resulta valioso dividir las, pues en cada una de ellas se suscitan problemas jurídicos diferentes, amén de resultar pedagógico para la cabal comprensión de la realidad normativa colombiana.

### **3.3. La Duda En El Proceso Penal De Jordi Nieva Fenoll.**

En sus inicios, la naturaleza jurídica de la presunción de inocencia se formulaba como la regla de carga de la prueba. En el transcurrir de los siglos se transformó en una justicia social con fundamento a la norma jurídica compuesta por los principios rectores y garantías procesales. En la carga de la prueba, constitucionalmente le corresponde al órgano de investigación demostrar los hechos de la acusación, para que con ello desvirtúen la presunción de inocencia del acusado, por consiguiente, la presunción de inocencia fue originariamente por la carga de la prueba.

En el proceso penal la parte acusadora pone en cuestión la inocencia controvirtiendo el *dubium* que es la discusión de la presunción de inocencia. Lo que hace el juez es comprobar si la persona es culpable del delito mediante medios de conocimiento y debe alejarse de los prejuicios sociales de sospecha o un pensamiento cerrado respecto a la inocencia de la persona que entra formalmente al proceso penal.

En la psicología se ha desarrollado vario métodos o parámetros para la evaluación de la duda JOHNSON-LAIRD. Dicho autor afirmaba que una conclusión válida si resulta verdadera, al menos en un escenario en que sus premisas sean indudablemente verdaderas. A renglón seguido acertaba que, si cabe imaginar otros contextos alternativos en que las premisas también sean

válidas pero la conclusión errónea, la inferencia será progresivamente más débil (Nieva Fenoll, 2013, pág. 84)

### **3.4. Casos**

#### **Sentencia T-078/10**

La doctrina contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional ha establecido que la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio. En los casos de abuso sexual ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido. Por consiguiente, ignorar el testimonio de un menor incurría en una vía de hecho que contraría el precedente constitucional.

Las autoridades judiciales no deben actuar de manera discriminatoria y los fallos deben resolverse bajo el principio pro infans, es decir, se debe ajustar bajo los postulados de los artículos 44 y 45 de la Constitución política, que proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño.

Néstor Iván Osuna Patiño, actuando como apoderado de María y de su hija menor de edad Laura, interpone acción de tutela contra la fiscalía general de la nación; debido a que la providencia desconoció que la menor de edad, es decir la víctima de abuso sexual de 4 años no están obligados a testificar. Alegando que incurrió en causales de procedibilidad de la acción de tutela por ende se vulneraron los derechos fundamentales del debido proceso (art 29 C.P), igualdad de las partes ante la ley procesal (art 13 C.P), acceso a la administración de justicia (art 228 C.P) a la vez el art 44 de la C.P de los derechos fundamentales del menor de edad.

Finalmente, la corte constitucional resuelve:

- ✓ Primero que profiera una nueva resolución en la que se haga una valoración probatoria acorde con los argumentos expuestos en esta providencia y con los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años

- ✓ Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la Fiscalía 21 de Cartagena que profiera una nueva resolución, en la que se haga una valoración probatoria acorde con ( i ) los argumentos expuestos en este fallo en relación con la valoración de las pruebas aportadas al proceso y con (ii) los estándares constitucionales exigibles de imparcialidad, racionalidad y sana crítica, de modo que se den efectos a las pruebas que reposan en el expediente y que dan fe, de modo unánime, de la existencia de un delito de actos sexuales con menor de catorce años de edad.

### **Sentencia T-1015/10**

Según la sentencia T-1015/10 el siguiente caso gira en torno a una preclusión ejercida por parte de la fiscalía en la investigación adelantada contra su padre (Miguel), por el presunto ilícito de acto sexual con menor de edad, sin embargo, la Señora Amparo presenta acción de tutela por considerar que la autoridad mencionada vulnera los derechos fundamentales de su hija Sofía frente al concepto de especial protección del cual goza los menores.

Antecedentes: Durante esos trámites Sofía comenzó a expresarle a Amparo comentarios sobre “juegos” que realizaba con su padre que la llevaron a sospechar sobre la ocurrencia de un abuso sexual cometido por Miguel contra Sofía.

Investigación penal adelantada contra Miguel

- ✓ Se realizaron distintas entrevistas por profesionales de la salud sobre las condiciones psicológicas de Sofía, Amparo y Miguel que fue sustentada con testimonios de algunos de los profesionales que entrevistaron a Sofía y documentos científicos sobre el valor del testimonio del menor en casos de abuso sexual.
- ✓ El trece (13) de mayo de dos mil nueve (2009), la fiscalía 230 seccional decidió proferir resolución de preclusión en favor de Miguel. Como sustento de su decisión, expresó que al cierre de la investigación existía duda insalvable sobre la ocurrencia del hecho investigado dadas ciertas inconsistencias en el relato de los hechos por parte de la menor.
- ✓ Valoración irrazonable de los medios probatorios allegados.

Fallo Primera Instancia:

Hace referencia a diversas sentencias de casos similares en que resalta la importancia de los derechos del menor y su protección dentro de los tratados internacionales y su especial condición dentro de un proceso para evitar su revictimización; tales como la C-590 del 2005.

La corte constitucional realiza énfasis en que la intervención del juez de tutela en este ámbito es extremadamente reducido a causa del respeto por los principios de autonomía judicial, juez natural e inmediación impide que el juez constitucional realice un examen exhaustivo del material probatorio de modo que las diferencias de criterio en la apreciación de una prueba no constituyen errores fácticos; la procedencia de la tutela está condicionada a que el error sea ostensible y tenga incidencia directa en la decisión que se pretenda controvertir.

Interés superior del menor en el orden jurídico interno: Análisis Jurisprudencial

En un amplio número de decisiones, esta corporación expresa el alcance y contenido de los principios a la niñez, que explica a continuación:

Consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política y en la Convención sobre los Derechos del Niño, además, la jurisprudencia ha establecido que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional que constituye un objetivo esencial para la sociedad y las autoridades estatales, por lo que la adecuada protección de los niños, niñas y adolescentes debe ser perseguida en toda actuación estatal que involucre a los menores, simultáneamente la Ley 1098 de 2006 y el art 9º en caso de conflicto con derechos de otras personas.

Sentencias T-510 de 2003 y T-397 especifican que las autoridades deben aplicar los conocimientos y métodos científicos-técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la más óptima.

Respecto al resuelve de la sentencia, diversos aspectos del dicho de Sofía permiten inferir la influencia de Amparo en la menor, por lo tanto, no puede desconocerse que fue Amparo quien calificó tales juegos como “malos” después del abandono del hogar por parte de Miguel, situación que, además, causó tristeza y rabia en Sofía.

Así mismo, fue Amparo quien introdujo en Sofía el vocabulario “técnico” sobre los genitales, el cual fue reproducido posteriormente por la menor en algunas entrevistas y valoraciones. Durante

la investigación y los demás trámites judiciales y administrativos relacionados con la situación de Sofía, Amparo habló constantemente de las adicciones al juego y al sexo de Miguel.

#### **4. ¿QUÉ ES EL SATAC?**

El protocolo SATAC es un procedimiento semi-estructurado que busca conocer cómo sucedieron los hechos de abuso sexual cometidos al menor. Para que sea eficaz es fundamental tener en cuenta el desarrollo y la espontaneidad del niño(a)

“La entrevista se dirige específicamente a la edad y al desarrollo cognitivo, social y emocional del niño. Las entrevistas pueden incluir el uso de diagramas, dibujos y muñecos anatómicos.” (Cooley , 2010, pág. 5).

##### **4.1.Principios para la entrevista o procedimiento SATAC**

SATAC comprende cinco etapas: Simpatía (ii) Identificación Anatómica (iii) Preguntas Sobre Tocamientos (iv) Escenario Del Abuso (v) Cierre.

##### **4.2.Protocolo SATAC como entrevista forense**

Fue necesario para esclarecer nuestras dudas conforme al SATAC entrevistar una psicóloga especializada en el tema.

El protocolo SATAC es un modelo de ‘entrevista forense’, la cual es realizada a las victimas menores de edad y con discapacidad para hacer observación del comportamiento, circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos. Este protocolo se realiza por parte de la fiscalía, los cuales son catalogadas sólo como entrevistadores forenses los cuales realizan actividades de Policía judicial.

Los temas fundamentales para obtener una respuesta favorable se basan en los aspectos de la comunicación dentro de dos campos el cognitivo y el desarrollo del menor. La participación del niño en la entrevista es crucial y depende del uso de innumerables funciones cognitivas.

Debemos tener cuidado de la forma en la cual le preguntamos a cada menor sobre los sucesos; De acuerdo con cómo nos tratemos de expresar, podremos recibir respuestas claras, concisas y muy importantes. Palabras como el qué, cómo, quién y cuándo son las más básicas y comunes,

de allí podemos abrir espacio para seguir con preguntas un poco más avanzadas y conocer a fondo los hechos.

## **5. VERACIDAD DEL TESTIMONIO CONFORME A LA LEY 1090 DE 2006**

Antes de iniciar el análisis de la respectiva ley referente al ejercicio de la profesión de Psicología, que permite el establecimiento del Código Deontológico y Bioético, es imperante nombrar los requisitos para la validez del dictamen que permiten una aproximación al concepto de verdad debido a que nombran ciertas características morales que dotan al perito de esa especial calidad dentro del proceso.

- A) Acto consciente, libre de coacción, violencia, dolo, cohecho o seducción que son considerados causas para objetar el dictamen en razón de que después de probados el dictamen o prueba de referencia queda sin valor probatorio.
- B) No exista prohibición legal de practicar esta clase de prueba: existe la posibilidad de que la ley prohíba la prueba por peritos para ciertos casos por lo cual en caso de su materialización tendrá nulidad absoluta.
- C) El dictamen pericial comprende juicio técnico pronunciado sobre los datos recogidos por perito designado a diferencia de las operaciones periciales preparatorias confiadas por los peritos a sus ayudantes.
- D) Los peritos no hayan utilizado medios ilegítimos o ilícitos para el desempeño de su encargo.
- E) No exista una causa de nulidad general del proceso que vicie también la peritación; las que afectan el derecho de defensa de la parte contra quien se aducen o tramite propio de la prueba; ejemplo: practica antes de abrirse la etapa procesal del debate probatorio o después de precluida (González Pérez, 2015, pág. 316).

Respecto a la reglamentación consagrada en la presente ley se resaltan ciertos aspectos y su análisis.



Art 2 Responsabilidad “asegurar que sus servicios sean usados de manera correcta” “solamente prestaran sus servicios y utilizaran técnicas para las cuales se encuentren cualificados”. Este precepto nombrado anteriormente no en todos los casos es aplicable, especialmente en el problema de investigación de este proyecto en el cual justifican la aplicación única del protocolo SATAC por que no están capacitados en ninguna otra técnica y aun así su aplicación no es veraz por muchos profesionales coaccionan al menor a una verdad subjetiva de los hechos perdiendo totalmente su validez que reviste de concepto técnico –científico el acto de la peritación .Por las razones nombradas se hace énfasis en el siguiente segmento “Se mantendrán actualizados en los avances científicos y profesionales relacionados con los servicios que prestan ”

En su artículo 25 literal b resalta los casos en la cual los órganos judiciales podrán tener acceso a cierta información “Cuando las autoridades legales lo soliciten, solo en aquellos casos previstos por la ley, la información que se suministre será estrictamente necesaria”.

Recalca en el capítulo II de Deberes del psicólogo frente a los usuarios en su art 33 “rehusando la prestación de sus servicios para actos contrarios a la moral y la honestidad profesional”.

## **6 PROTOCOLO MICHIGAN**

En los últimos años, la crítica dirigida al tipo de entrevistas llevadas a cabo por profesionales relacionados con la investigación del abuso psicológico y sexual al menor ha ido en aumento.

Dicha crítica se basa en el uso de técnicas pobres que podrían dar lugar a la implantación de recuerdos en la memoria del menor, o a que los adultos no escuchen o no se den por enterados de lo que el menor va revelando acerca del abuso en cuestión.

Motivo por el cual proponemos la aplicación del Protocolo Michigan en vez del Protocolo SATAC.

El objetivo de una entrevista forense es obtener una declaración de un menor de tal forma que desarrolle la sensibilidad, sea imparcial, y que nos lleve a la verdad, de manera que aporte una justa y correcta toma de decisiones en los sistemas de justicia criminal y de bienestar del niño.

Pautas que se deben tener en cuenta en cuanto al comportamiento, actitud y comunicación del entrevistador.

- ✚ Evite tocar al menor
- ✚ No haga nunca comentarios como “Vamos a terminar estas preguntas y luego te daré algo de beber”.
- ✚ Respete el espacio personal del menor.
- ✚ No mire fijamente al menor ni se siente tan cerca de él / ella que éste/a pueda sentirse cohibido.
- ✚ Si el menor se desconcierta, o si esta turbado o amedrentado, admita y aborde los sentimientos del menor, pero evite extenderse en dichos sentimientos.
- ✚ Comentarios tales como, “yo hablo con niños sobre este tipo de cosas todo el tiempo; no pasa nada por hablar conmigo de ello” pueden ser de ayuda.
- ✚ Evite hacer preguntas sobre porque el menor se comportó de una manera determinada.
- ✚ Sea paciente con las pausas en la conversación. Es adecuado mirar a otro lado y darle tiempo al niño para continuar hablando. De igual modo, es a menudo de ayuda el tomarse unos momentos para formular la siguiente pregunta.
- ✚ Aspecto importante entrevista forense evaluar la hipótesis más que para confirmarla (Ceci y Bruck ,1995).
- ✚ Las entrevistas forenses deben centrarse en el menor más que en el adulto.
- ✚ Los menores deben determinar el vocabulario y el contenido específico de la conversación tanto como sea posible.

Es necesario resaltar ciertos aspectos de la estructura donde el entrevistador consigue información usando los formatos de preguntas menos directivos y la razón por la cual decidimos realizar énfasis en este aspecto porque a diferencia del Protocolo SATAC, que muchas veces incurrir en preguntas directivas y cerradas debido al mecanicismo de los entrevistadores que se escudan bajo el argumento del empleo de esta herramienta.

Por el contrario, el protocolo Michigan describe la entrevista de una estructura general por etapas, pero no dicta que preguntas específicas debe hacer el entrevistador.

Partimos a realizar el análisis de las respectivas etapas:

## **7. .MEDICINA LEGAL**

### **7.1.INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL**

“El servicio de peritos se prestará por los expertos de la policía judicial, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidades públicas o privadas, y particulares especializados en la materia de que se trate. Las investigaciones o los análisis se realizarán por el perito o los peritos, según el caso.” (Ley 906, 2004)<sup>25</sup>

Dicho lo anterior, para que se realice un informe pericial debemos de tener en cuenta que el caso debe de ser remitido por la autoridad o también puede ser pedido (por la fiscalía, procuraduría, abogado de la víctima o del indiciado acreditándose como parte activa del proceso) mediante una solicitud con unos respectivos requisitos obligatorios, a continuación, un oficio será allegado al Instituto de medicina legal con los datos de la persona, noticia criminal, el motivo por el cual requieren la pericia, anexar una copia completa del expediente del caso, entre otros.

El informe conlleva una entrevista más profunda, abierta o extensa que busca hacer una evaluación completa de la vida del niño, la cual permitirá ver como estaba el menor antes de los presuntos hechos y como estaría actualmente; “Recolectando información del niño, niña o adolescente y sus allegados, no solo sobre los hechos investigados sino del contexto en que se dan estos, enfatizando en las características de la víctima según el ciclo vital por el que atraviesa, la descripción de su medio social y familiar.” (Instituto Nacional de medicina legal, 2010)

Lo anterior con el fin de saber si existe un daño psicológico y tiene relación directa de causalidad con los daños causados. La entrevista será plasmada en “un informe pericial, que ya no es dictamen, porque acordémonos que en la ley 906 en el sistema penal oral acusatorio no es dictamen; Es un informe pericial que va a ser sustentado en audiencia de juicio oral y que solamente después de dicha sustentación es que como tal el juez lo reconoce como elemento material probatorio y permite que sea introducido, En ese momento se convierte ya como en prueba o en dictamen.” ( Funcionaria del instituto nacional de medicina , 2017)

Todos los peritos que participen en procesos judiciales deberán de aplicar los lineamientos y reglamentos del instituto de medicina legal, el protocolo usado desde el 2009 es el protocolo de evaluación básica en psiquiatría y psicología forense. Allí están consignados aquellos aspectos que se deben de revisar, analizar y profundizar en la evaluación psiquiátrica o psicológica en cualquier tipo de pericia, como también las pautas para redactar el informe, por ejemplo: el

hablar de las técnicas usadas a la hora de la pericia. La entrevista a la hora de hablar con el menor es semiestructurada, es decir, el perito es quien marca el curso de la investigación y guía al menor sobre los temas a hablar.

En algunos casos, las autoridades describen su motivo de peritaje de forma abierta y en otros casos lo hacen en forma de preguntas, las cuales se deben de responder una a una.

Existen también unas guías para cada tipo de pericias, en este caso, estaríamos hablando de la ‘guía para la realización de pericias psiquiátricas o psicológicas forenses en niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de delitos sexuales.’ Las cuales nos hablan de manera más específica sobre los pasos, lenguaje, actitudes que debemos de usar y analizar. Estas están mucho más enfocadas a las situaciones y edades de las personas a tratar.

En resumidas cuentas, podemos decir que, los cuerpos técnicos de investigación son catalogados sólo como investigadores, los cuales relatan lo que ya el niño ha dicho sin generar algún tipo de análisis; a diferencia de los funcionarios del instituto de medicina legal que son catalogados como peritos o testigos expertos.

## **8. CONCLUSIONES**

Nuestro Semillero al estudiar una situación jurídica de la administración de justicia observa que presenta discrepancias al momento de ejecutar el protocolo SATAC debido a que la fiscalía general de la nación no lo desarrolla de forma adecuada; es decir respecto a la estructura del protocolo SATAC presenta vacíos en cuanto al dictamen pericial y a su aplicación y es imperante resaltar la importancia de la experticia ética y profesional para poder llevar a cabo una aplicación adecuada del protocolo SATAC como un mero instrumento de educación del evaluador. Por lo tanto, se debe aumentar la conciencia del entrevistador en cuanto a la capacidad de desarrollo del niño; para lo cual es necesario tener en cuenta tanto las limitaciones como las capacidades potenciales y permitir que los entrevistadores forenses personalicen su ejercicio buscando aumentar al máximo la ayuda o conocimiento de cada niño.

- Consideramos como un medio más adecuado de guía el Protocolo de Michigan debido a que es más fácil su funcionamiento y su acceso al niño por medio del sistema de preguntas abiertas que evitan recaer en la coerción hacia el menor y su uso de una forma

menos mecánica para el evaluador, sin embargo, no debemos olvidar que independientemente de que se aplique uno u otro protocolo su aplicación pertinente depende del factor de la experticia profesional y ética , y por ultimo resaltar las condiciones socioeconómicas ,culturales y políticas confluyen para la aplicación de cierto protocolo que al igual que muchos otros sistemas de nuestro país son extraídos de culturas totalmente ajenas a la Colombiana y que giran en torno a determinados factores y ambientes socioculturales. Entrevista y dictamen pericial son dos momentos distintos; el primero es realizado por la fiscalía, el segundo por el Instituto Nacional De Medicina Legal siempre y cuando este sea requerido.

- El cuerpo técnico de investigación (CTI) de la fiscalía deberá realizar una entrevista forense a niños, niñas o adolescentes víctimas de violencia sexual, para esto, debe contar con profesionales especializados en un protocolo o procedimiento para poder realizar dicha entrevista. Por tratarse de un menor de edad, es necesario estar acompañado de su representante legal o un pariente que sea mayor de edad. Toda la entrevista forense se grabará o se fijará en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito. El Objetivo principal es poder indagar sobre los hechos ocurridos (Ley 1652, 2013).
- En Colombia el cuerpo técnico de investigación se ha especializado en un protocolo.

El protocolo SATAC es un modelo de ‘entrevista forense’, la cual es realizada a las víctimas menores de edad y con discapacidad para hacer observación del comportamiento, circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos. La persona que realiza dicha entrevista o el cuerpo investigativo son catalogadas sólo como entrevistadores forenses los cuales realizan actividades de Policía judicial.

Los niños se pueden concentrar en aspectos diferentes de lo sucedido, comparados con los adultos especialmente en los menores de seis años, encuentran difícil concentrar su atención en más de un aspecto importante de una experiencia. Es probable que un menor no pueda decir cuántas veces se realizó el hecho victimizaste o la ropa que llevaba puesta esa persona; sin embargo, podría relatar cómo se sintió en una situación o lo que se dijo. “Las preguntas inapropiadas para el desarrollo del menor pueden hacer que éste parezca incompetente y así se

podría perder información valiosa. Al hacer preguntas que el niño pueda responder, se maximiza su competencia y mejora tanto la calidad como la cantidad de sus respuestas. (Ley 1652, 2013)”<sup>78</sup>

## 9. Referencias

Funcionaria del instituto nacional de medicina . (22 de Mayo de 2017). comunicación personal.

Azula Camacho, J. (2010). *Manual De Derecho Procesal. Tomo I: Teoría General Del Proceso*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.

Beltrán Ferrer, J., Picó i Junoy, J., Ramírez Carvajal, D., Ruiz Jaramillo, L., Calmon, P., Llunch, X., . . . Medina Torres, C. (2010). *La Prueba Y La Decisión Judicial*. U. de Medellín.

Centro de Psicología Aaron Beck. (2005-2018). *Cursos de Psicología Jurídica y Forense*. Obtenido de <https://cursos-psicologia-juridica.cpaaronbeck.com/>

Cooley , T. (2010). PROTOCOLO RATAAC ® PARA ENTREVISTAS FORENSES DE CORNERHOUSE. *Journal of Practical and Clinical Law, Volume 12, Issue*, pp 193-331. Obtenido de [https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3318\\_sustento\\_protocolo\\_satac\\_\\_cornerhouse.pdf](https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3318_sustento_protocolo_satac__cornerhouse.pdf)

Devis Echandia , H. (2012). *Teoría General de la Prueba Judicial Tomo II, 3º edición*. Buenos Aires: Editorial Temis.

Estado de Michigan. (Mayo de 2003). Grupo De Trabajo Del Gobernador Para La Justicia Del Menor Y Agencia Para La Independencia De La Familia. Protocolo De Entrevista Forense. Comité Combinado Y Agencia Para La Independencia De La Familia (FIA).

---

<sup>78</sup> Finalmente, podría destacarse la importancia del acatamiento de los parámetros definidos en estos protocolos, con el propósito de no incurrir en la ilicitud o ilegalidad de la prueba que se obtiene, para así evitar la exclusión de esta por su contaminación. Al respecto puede consultarse (Sanabria Villamizar, 2014).

Obtenido de

<http://bscw.rediris.es/pub/bscw.cgi/d368331/Protocolo%20Entrevista%20Forense.pdf>

González Pérez, E. (2015). *Psicología, Derecho Penal y Criminología*. Bogotá D.C.: Editorial Temis .

Grunstein Aguirrezabal , M. (2011). La Imparcialidad Del Dictamen Pericial Como Elemento Del Debido Proceso. *Revista Chilena De Derecho*, pp. 371 - 378. Obtenido de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372011000200009](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000200009)

Hernández Ramírez, D. (2013). La evidencia física y los elementos materiales como sustento probatorio en las decisiones judiciales. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11638/1/LA%20EVIDENCIA%20F%20C3%84SICA%20Y%20LOS%20ELEMENTOS%20MATERIALES%20COMO.pdf>

Instituto Nacional de medicina legal. (8 de Febrero de 2010). Guía para la realización de pericias psiquiátricas o psicológicas forenses en niños, niñas y adolescentes presuntas víctimas de delitos sexuales. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/40473/Gu%C3%ADa+para+la+realizaci%C3%B3n+de+pericias+psiqui%C3%A1tricas+o+psicol%C3%B3gicas+forenses+en+ni%C3%B1os%2C+ni%C3%B1as+y+adolescentes+presuntas+v%C3%ADctimas+de+delitos+sexuales..pdf/92f2a895-a717->

Laudan , L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid. España: Editorial: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Ley 1652. (12 de Julio de 2013). Congreso de la República. *Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201652%20DEL%2012%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf>

Ley 906. (31 de Agosto de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_09060\\_204a.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_09060_204a.html)

Nieva Fenoll, J. (2013). *La Duda En El Proceso Penal*. Madrid. España: Editorial: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Parra, D. A. (2017). LA CARGA DE LA PENA: UN DIAGNÓSTICO DE LAS FALLAS EN LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA EN CUANTO A LOS FINES DE LA PENA. Universidad de Nariño: *Revista Codex 3 (5)*. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

Peláez Mejía, J., & Sanabria Villamizar, R. (2017). Configuración de la Prueba Pericial en el Proceso Penal Colombiano. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, PP. 105-124. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v20n39/v20n39a08.pdf>

Sentencia C-782. (28 de Julio de 2005). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Alberto Beltrán Sierra*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5515. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-782-05.htm>

Sentencia T- 078. (11 de Febrero de 2010). Corte Constitucional. Sala Novena de revision. *M.P.: Luis Hernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-078-10.htm>

Sentencia T- 1015. (7 de Diciembre de 2010). Corte Constitucional. Sala Novena de Revision. *M.P.: Luis Hernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-2.520.834. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-1015-10.htm>

Sentencia T-796. (21 de Septiembre de 2006). Corte Constitucional. Sala Novena de revision. *M.P.: Clara Ines Vargas Hernandez*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-1330716. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-796-06.htm>



Tribunal Superior de Bogotá. (17 de Septiembre de 2013). MP Poveda Perdomo Alberto.  
Bogotá, D.C.

Villamizar, R. J. (2017). La prueba pericial en el proceso penal colombiano. Analisis del  
contro a la admisibilidad del conocimiento experto y la garantia de confrontacion.  
Universidad de Nariño: *Revista Codex 3 (4)*. Disponible en:  
[revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

