



Universidad de **Nariño**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Revista Científica
CODEX

Vol. 3 No. 4 Año 2017

ISSN: 2463 - 1558

ISSN - E: 2463 - 2031

Revista Científica CODEX

Volumen 3 N° 4 Año 2017

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 DE JURE

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

Magíster 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, Magíster en Derecho

Revista Científica CODEX

Volumen 3 N° 4 Año 2017

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.

TERESA REYES ASPILLAGA

Título Profesional de Abogado, otorgado por la Il. Corte Suprema. Magister en Investigación en Educación por la Universidad Autónoma de Barcelona.

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

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

ROBERTO MOLINA PALACIOS

Docente de la Universidad Nacional de Colombia. Magister 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

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. Magister en Derecho Internacional Económico de la U. Andina Simón Bolívar. Ex secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

MARIA FERNANDA JOSA VALENZUELA

Estudiante de la Facultad de Derecho Universidad de Nariño

APOYO TÉCNICO

“TIPOGRAFÍA IMPERIAL”

Revista Científica CODEX

Volumen 3 N° 4 Año 2017

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

Página web revista: <http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex> email revista: rcodex@udenar.edu.co
Telefax: (+57) (2) 7315438
Vol. 3 N° 4. Año 2017

PORTADA

HOMENAJE AL MAESTRO ERNESTO VELA ANGULO

Óleo sobre lienzo

Autor: PIMTO D 1.999

Salón de consejos

Foto: Ricardo Ceballos



**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

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

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, cambios, 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

**CANJE/EXCHANGE/
ÉCHANGE**

Solicitamos canje. We request Exchange. Nous sollicitons échange.

Email: rcodex@udenar.edu.co y en la dirección postal.



Contenido



EDITORIAL	15
ARGENTINA: UNA CORTE DISTANTE A LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS DE LA CAUSA FONTEVECCHIA & DÁMICO	17
Carlos Daniel Muñoz Chamorro	17
LA PRUEBA PARCIAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO	45
Ronald Jesús Sanabria Villamizar	45
PREVENCIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS EN ADOLESCENTES DE LA CIUDAD DE CÚCUTA	59
Aldo José Jaimes - Galvis	59
LA SOCIEDAD DE LAS SOMBRAS	85
José Fernando Saldarriaga Montoya	85
Nicolás Londoño Osorio	85
PANORAMA DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO	99
Aura Cecilia Torres Burbano	99
CARACTERÍSTICAS RELEVANTES DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL C.P.A; y C.A	119

Libardo Orlando Riascos Gómez	119
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	149
Juan Camilo Páez Jaimes	149
ANÁLISIS DE LA CRISIS DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ POR LA ATENCIÓN DE LA POBLACIÓN VENEZOLANA FRENTE AL DERECHO IRRENUNCIABLE A LA SEGURIDAD SOCIAL	191
Luis Miguel López Celemin	191
ÍNDICE DE AUTORES	223
COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ÉSTE NÚMERO	227
INSTRUCCIONES PARA AUTORES	229
SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA	244
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA	245



EDITORIAL

HOMENAJE A ERNESTO VELA ANGULO

La Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ha querido en esta edición de su revista CODEX, rendir un homenaje a los docentes que, en el transcurso de su historia, han sido hitos ya sea por sus calidades académicas, su papel en la historia local o nacional y por la huella que marcaron a las generaciones de abogados que formaron. El doctor Ernesto Vela Angulo es una de las personalidades a las que la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño ha querido rendir un homenaje.

Nacido en Ipiales el 21 de enero de 1918 en el hogar formado por los señores Ernesto Vela Castrillón y Sofía Angulo, realizó sus estudios primarios en la escuela urbana de su ciudad natal, los secundarios en el Colegio Sucre y los profesionales en las Universidades del Cauca y Nacional de Colombia donde obtuvo el título de Doctor en Derecho, desempeñándose desde entonces como abogado y catedrático universitario con especialidad en Derecho Público y Derecho Penal, habiendo sido titular de Derecho Constitucional General, Filosofía del Derecho, Historia de la Filosofía, Teoría Constitucional, Derecho Administrativo Colombiano y Derecho Constitucional Colombiano e Historia de las ideas políticas desde 1964 hasta el año 2000 tanto en pregrado como en postgrado.

Su trayecto vital es de tanta importancia, que se dijo de él: “El doctor Ernesto Vela Angulo es una de las inteligencias privilegiadas de nuestro medio: un hombre de serias disciplinas, valeroso, iconoclasta y libre pensador en el mejor y más puro de los sentidos”¹

Además de su brillante paso por la docencia universitaria se destacó en posiciones como la de Secretario General de la Universidad Nacional y de la Universidad de Nariño; Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, Rector de la Universidad de Nariño, Juez y Magistrado. Ejerció los siguientes cargos de elección popular: Concejal de varios municipios, Diputado a la Asamblea de Nariño y presidente de la misma; Representante a la Cámara, Coordinador de las mayorías parlamentarias,

¹ ALCALDÍA DE PASTO, Instituto Municipal de Cultura y Turismo, Homenaje a toda una vida, Litografía y Tipografía Liberty, Pasto, Colombia, 1994, pág. 27.

fundador y director del Movimiento Revolucionario Liberal MRL, miembro de la dirección nacional de ese partido y Senador de la República.

En la carrera diplomática fue Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en las Naciones Unidas en Nueva York, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en la OIT en Ginebra, Embajador Extraordinario y Plenipotenciario en la CEPAL, Embajador Extraordinario ante el gobierno de Bolivia y en la Organización Mundial del Café. Perteneció a la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Entre sus publicaciones se halla: “La extensión del Derecho”, “La vida del Derecho”, “La lucha por el Derecho”; “Política, Diálogos inconclusos”, “La prescripción”, Relatos, artículos en distintas revistas universitarias, además de “La sentencia, introducción a la crítica de la razón jurídica”, obra de extensa y amplia difusión y “Esquema del conocimiento jurídico”. Fue fundador y director de la Revista Amerindia y del Diario del MRL, colaborador de La Calle, de Bogotá y autor de numerosos artículos publicados en periódicos y revistas de distintas regiones.

Su carácter reveló siempre al hombre de profundas convicciones y de sólidos principios. Brillante expositor, evidenciaba el estudio diario, la continua actualización de los conocimientos, la severa disciplina intelectual que ha inspirado no sólo el reconocimiento de sus compañeros y alumnos sino la gratitud que merece quien se ha dedicado a servir a los demás con dignidad y brillo. Agudo observador del ser humano y analista severo de los textos, su cátedra no solo era un acopio de conocimientos sino la hilada

exposición de ideas y tesis que expresaba sin contaminaciones subjetivas ni pasiones distintas a la que se debe tener por la verdad. Su criterio iuspositivista no sólo fue una declaración en la cátedra sino una vivencia en su quehacer político y ello explica su militancia y representatividad en la mejor época de la historia del MRL en Colombia.

JUAN CARLOS LAGOS MORA

Abogado

Mg. Criminología y Ciencias Penales

PhD. Ciencias de la Educación, Historia de la Educación.

Profesor Asistente Facultad de Derecho. Universidad de Nariño (Pasto)

ARGENTINA: UNA CORTE DISTANTE A LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS DE LA CAUSA FONTEVECCHIA & D'AMICO.

Carlos Daniel Muñoz Chamorro²¹

Fecha de recepción: 3 octubre de 2017

Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2017

Referencia: MUÑOZ CHAMORRO, Carlos Daniel. *Argentina: una Corte distante a los estándares de protección de derechos humanos. Análisis de la causa Fontevecchia & D'Amico*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm 4. Págs. 17 a 44. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

ABSTRACT: This document deals with the study of the recent pronouncement of 14 February 2017 proffered by the Supreme Court of Argentina according to which it does not attend the order imposed by the Inter-American Court of Human Rights, regarding the nullification the civil sentence that in 2001 the highest Argentine court imposed on the victims of the contentious cause Fontevecchia & D'Amico v. Argentina. In the text we will make a breakdown schematic of the most important considerations contained in that ruling in order to analyze its adequacy and correspondence with international standards on: (i) the binding of the decisions of

²¹ Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, cursante de Master en Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, España. Abogado litigante, docente de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del programa de Derecho de la Universidad de Nariño (periodo 2017/2018). Código ORCID 0000-0003-1507-6414. Teléfono celular 3152600836. Correo electrónico danielm1991@gmail.com.

a supranational judicial body, (ii) the formula of the fourth instance, (iii) the doctrine of *compétence de la compétence*, (iv) the principles of law of Argentina and (v) the margin of national appreciation.

KEYWORDS: *Fontevicchia & D'Amico v. Argentina*, binding of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, formula of the fourth instance, *compétence de la compétence*, margin of national appreciation.

RESUMEN: Este documento se ocupa del estudio del reciente pronunciamiento de 14 de febrero de 2017 proferido por la Corte Suprema de Argentina según el cual dispone no atender la orden impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a dejar sin efecto la condena civil que en el año 2001 el máximo tribunal argentino impuso a las víctimas de la causa contenciosa *Fontevicchia & D'Amico Vs. Argentina*. En el texto realizaremos un desglose esquemático de las consideraciones más importantes contenidas en dicho fallo con el fin de analizar su adecuación y correspondencia con los estándares internacionales sobre: (i) la vinculatoriedad de las decisiones de un órgano judicial supranacional, (ii) la fórmula de la cuarta instancia, (iii) la doctrina de la *compétence de la compétence*, (iv) los principios de derecho público de Argentina y (v) el margen de apreciación nacional.

PALABRAS CLAVE: *Fontevicchia & D'Amico Vs. Argentina*, vinculatoriedad de las decisiones de Corte Interamericana de Derechos Humanos, fórmula de la cuarta instancia, *compétence de la compétence*, margen de apreciación nacional.

INTRODUCCIÓN

Hasta el 14 de febrero de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina había tenido una postura constante acerca del efectivo y vinculante cumplimiento de los fallos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos profiere en su contra, no obstante, en la citada fecha el tribunal doméstico, en un cambio rotundo de su línea jurisprudencial, decidió no acatar una orden de la Corte Supranacional respecto a dejar sin efecto una sentencia emanada en el 2001 que declaró la responsabilidad civil de los, ahora víctimas, Jorge Fontevicchia y Jorge D'Amico. Ante la imperante necesidad de conocer la motivación de la decisión del máximo tribunal de ar-

gentina hemos decidido analizar el citado fallo, a fin de determinar si su motivación se adecua a los estándares de derecho internacional en general y al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en particular. Para lograr desarrollar este planteamiento realizaremos un recorrido breve sobre los antecedentes del caso, de igual forma señalaremos los sucesos más relevantes que tuvieron lugar después de la sentencia de fondo y posteriormente haremos un desglose esquemático de la motivación de la citada sentencia, a fin de comparar su correspondencia con los postulados de derecho internacional. El análisis de la motivación de la providencia se dividirá en cinco apartados independientes, así: (i) la vinculatoriedad de las decisiones de un órgano judicial supranacional, (ii) la fórmula de la cuarta instancia, (iii) la doctrina de la competencia de la competencia, (iv) los principios de derecho público de Argentina y (v) el margen de apreciación nacional. Y finalmente sostendremos que el fallo de la CSJN de Argentina constituye, por su indebida y superficial motivación, un riesgo para la seguridad jurídica de la protección de derechos humanos dentro del mismo Estado, situación que podría extenderse a los demás países de las Américas.

La metodología de investigación utilizada en el presente artículo es la denominada hermenéutica interpretativa, puesto que nos encargaremos de comprender, clarificar e interpretar el fondo de un fenómeno jurídico complejo a través de la percepción y confrontación de los contenidos. El escenario de recolección de información para este texto es eminentemente documental ya que recolectaremos bibliografía doctrinal y jurisprudencial para lograr un análisis sistemático del objeto de estudio. Por su naturaleza, este producto está focalizado desde el ámbito cualitativo.

1. **Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina: antecedentes del conflicto y decisión de fondo de la Corte IDH.**

Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, como causa contenciosa, se originó en la remisión del caso que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) hizo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), debido al incumplimiento del Estado de Argentina respecto a adoptar las recomendaciones contenidas en su informe de fondo No. 82/10 y a la consecuente necesidad de obtener justicia material y una justa reparación. El presente caso se relaciona con la violación del de-

recho a la libertad de expresión por parte del Estado argentino de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, quienes eran director y editor respectivamente, de la Revista Noticias.

La plataforma fáctica del asunto comprende, como se anunció, la violación del derecho a la libertad de expresión en virtud de una condena civil que les fue impuesta por tribunales argentinos a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico como consecuencia de la publicación de dos artículos en 1995 en la citada Revista Noticias. Los artículos hicieron referencia, entre otras cosas a: a) la existencia de un presunto hijo natural del entonces presidente, Carlos Saúl Menem, con la diputada Martha Meza, nacido de una relación circunstancial entre ambos; b) la denuncia que la señora Meza habría hecho a fines del año 1994 respecto del robo de joyas por un valor de US\$ 230.000,00 que le fueron regaladas por el entonces Presidente de la Nación, según consta en el expediente que investigaba la sustracción; c) el encuentro que el señor Menem, la señora Meza y el hijo de ambos, Carlos Nair Meza, habrían tenido en la Casa de Gobierno, d) las visitas que el niño realizaba a su padre en la residencia oficial del presidente, en el complejo presidencial de verano y en la casa de gobierno, f) la existencia de amenazas contra el hijo de Menem, las cuales fueron denunciadas por la señora Meza, quien responsabilizó al gobierno nacional por su seguridad y que motivaron su pedido de asilo en Paraguay, g) la existencia de un acuerdo entre la señora Meza y el señor Menem por medio del cual este último le otorgaba una pensión por un monto de veinte mil dólares mensuales, creaba un fideicomiso a favor de Carlos Nair Meza por una cifra cercana al millón de dólares, y prestaba cobertura política en relación con una investigación que estaba enfrentando en aquel momento el esposo de la señora Meza por un supuesto desfalco millonario en la obra social de los jubilados.

A causa de estas publicaciones, el ex presidente Carlos Saúl Menem inició, por derecho propio, una demanda por daños y perjuicios en contra de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico a fin de obtener un resarcimiento económico por el alegado daño moral causado por la supuesta violación del derecho a la intimidad, consecuencia de las publicaciones de la revista. En primera instancia judicial las pretensiones de la demanda fueron rechazadas por un juez civil, sin embargo, en segunda instancia la sentencia fue revocada por la Cámara Nacional de Apelaciones, y a su vez esta se confirmó por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), aunque redujo el monto de la indemnización (CSJN, Fallo 324:2895). El juez

de segunda instancia y la CSJN consideraron que los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico vulneraron el derecho a la intimidad del señor Menem como consecuencia de aquellas publicaciones.

Agotados todos los recursos internos, los señores Fontevecchia y D'Amico acudieron a la CIDH, donde se consideró que la condena civil impuesta a las víctimas como responsabilidad ulterior por la publicación de los referidos artículos de prensa no observó los requerimientos del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969) mediante el cual se protege el derecho a la libertad de expresión. A pesar de que la CIDH formuló una serie de recomendaciones al Estado de Argentina para proteger los derechos en cuestión, este hizo caso omiso de ellas, dando pie a que el asunto se ventile en la sede de la Corte IDH.

Previo trámite de rigor la Corte IDH emitió Sentencia de fondo, reparaciones y costas el día 29 de noviembre de 2011 (Serie C No. 238), resolviendo el siguiente problema jurídico: ¿La medida de responsabilidad ulterior civil aplicada por la CSNJ vulneró los derechos de libertad de pensamiento y expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, al no contemplar que la información divulgada por ellos era de interés público por razones democráticas? Se debe precisar que si bien el fallo se refirió a las dos sentencias internas, el análisis se centró principalmente en la decisión de la CSNJ que dejó firme la condena civil y decidió de forma definitiva el reclamo de las víctimas (parr. 51).

En el curso de la Sentencia la Corte IDH precisa que debe encontrar un equilibrio entre los derechos a la intimidad del señor Carlos Saúl Menem y la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana de Derechos Humanos (parr. 50). Entonces, como *ratio decidendi*, la Corte procede a ponderar el respeto del derecho a la vida privada de un alto funcionario público (presidente), frente al derecho que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública (parr. 66). En ese sentido, aseveró que para dar una respuesta al asunto *sub judice* se debe considerar que el umbral de protección a la vida privada del funcionario público con más alto cargo de elección popular del país (parr. 59) está directamente relacionado con su exposición voluntaria al escrutinio de la sociedad, no solo sobre sus actividades oficiales, sino también sobre aspectos que podrían estar vinculados a su vida pri-

vada pero que revelan asuntos de interés público, (parr. 60) en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada (parr. 61). Para la Corte IDH la información difundida por los demandantes posee el carácter de interés público y su divulgación resultó en un llamado para ejercer el control social respecto de aquellos hechos (parr. 62).

Con lo anterior el Tribunal concluyó que no hubo una injerencia abusiva en la vida privada del señor Menem en los términos del artículo 11 de la CADH y que, por el contrario, las publicaciones cuestionadas constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión reconocido en el artículo 13 del mismo tratado. En ese orden de ideas, la Corte IDH encontró responsable internacionalmente al Estado de Argentina, puesto que la medida de responsabilidad ulterior impuesta por la CSJN en el presente caso violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) (parr. 75), por cuanto excluyó de su motivación el adecuado análisis de los aspectos de interés público de la información divulgada por ellos (parr. 71).

En consecuencia, a título de reparación, de acuerdo con el artículo 63.1 de la CADH (1969), la Corte IDH ordenó: (i) dejar sin efecto la condena civil y todas sus consecuencias, impuestas mediante sentencia de la CSJN de 25 de septiembre del año 2001, (ii) publicar la Sentencia del Tribunal Internacional y su resumen oficial, y (iii) pagar ciertas sumas de dinero indemnizatorias. Se debe recordar que únicamente haremos referencia a la primera medida de reparación aquí señalada, por cuanto esta es la obligación que el Estado se ha rehusado a cumplir y la que ha generado mayor debate a nivel internacional.

2. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina: sucesos relevantes posteriores a la sentencia de fondo.

La notificación de la referida Sentencia tuvo lugar el día 15 de diciembre de 2011, fecha en la cual se empezó a contabilizar el término de un año para el cumplimiento de la misma. Este término se venció el día 15 de diciembre de 2012, cuyo transcurso no motivó al Estado de Argentina a cumplir con la orden entregada por la Corte IDH respecto a dejar sin efectos la condena civil proferida por la CSJN.

Siguiendo las instrucciones de la presidencia del Tribunal Internacional, la Secretaría instó al Estado a presentar un informe sobre el cumplimiento de la Sentencia mediante comunicados de 29 de enero y 12 de junio de 2013; y 3 de febrero de 2014. De las comunicaciones no se obtuvo respuesta alguna. La renuencia de Argentina sobre la implementación de la sentencia y posterior presentación del informe provocó la expedición, por parte de la Corte IDH, de la Resolución de supervisión de cumplimiento de 1 de septiembre de 2015 (Caso Fontevecchia & D'Amico), en la cual se recordó que los Estados Partes de la CADH tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por la Corte IDH en las sentencias que a ellos conciernen, obligación que, como lo señala el derecho internacional consuetudinario y lo ha recordado la Corte, vincula a todos los poderes y órganos estatales y que, de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional. Así mismo, esta Resolución dispuso que Argentina deberá adoptar en definitiva y a la mayor brevedad posible, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a la reparación dispuesta en la Sentencia de fondo dictada en el citado caso, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969) y le otorgó plazo hasta el 31 de marzo de 2016 para presentar un informe en el cual indique las medidas adoptadas para cumplir con la reparación.

Previa rendición de informes parciales de 1 y 20 de abril de 2016 presentados por el Estado de Argentina, el 22 de noviembre de 2016 la Corte IDH emitió una nueva Resolución de supervisión de cumplimiento (Caso Fontevecchia & D'Amico), esta vez se declaró que Argentina cumplió con las medidas de publicación contenidas en la Sentencia, en el entendido que la misma y su resumen oficial fueron publicados en el Boletín Oficial, en un diario de amplia circulación nacional y en la página web del Centro de Información Judicial, empero, se mantuvo abierto el procedimiento de supervisión respecto a las medidas de reparación sobre dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico por la CSJN y respecto al pago de las medidas de reparación indemnizatorias a las víctimas.

La Procuración General de la Nación Argentina (26 de noviembre de 2014) envió su concepto a la CSJN en cuanto a la medida de dejar sin efecto la sentencia de sede interna se refiere. Su concepto manifestó que las sentencias proferidas en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) son en estrictamente vinculantes para el Estado de

Argentina y en virtud de las obligaciones que dimanar de la CADH la Corte Suprema debe dejar sin efecto su fallo dictado el 25 de septiembre de 2001 en contra de los señores Fontevecchia y D'Amico. Destacó que la CSJN ya había reconocido en otros casos contenciosos internacionales la obligatoriedad de las sentencias proferidas por la Corte IDH (Fallos: 327:5668), e incluso en anterior oportunidad ha dejado sin efectos su propio fallo (Falos: 334:1504).

Más adelante, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación de Argentina remitió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación un oficio haciéndole saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que la Corte Suprema cumpla en lo que le corresponde y de conformidad con su competencia con la sentencia dictada por la Corte IDH respecto a dejar sin efecto la condena civil ya referida. Con esta causa la CSJN profiere un pronunciamiento el día 14 de febrero de 2017 (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina) en la que, con voto disidente del Magistrado Juan Carlos Maqueda, se dispuso que no procedería a dejar sin efecto la condena civil impuesta a las víctimas, con argumentos que los hemos clasificado en 4 categorías, y que se estudiarán detenidamente en el siguiente apartado: (i) la Corte IDH no puede actuar como una instancia adicional a la jurisdicción interna, (ii) ordenar dejar sin efecto un fallo interno sobrepasa la competencia del tribunal supranacional, (iii) acatar la decisión de la Corte IDH estaría en contra de los principios constitucionales de derecho público del Estado y (iii) el margen de apreciación nacional le permite al Estado cumplir con sus obligaciones de acuerdo con sus condiciones particulares.

El Magistrado Juan Carlos Maqueda (14 de febrero de 2017) en su voto disidente del caso Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, señaló que constitucional y convencionalmente el Estado de Argentina tiene la obligación de cumplir con el fallo de la Corte IDH y en consecuencia es obligación también de la CSJN ejecutar lo que corresponde a su competencia. Recordó que el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH responde al principio básico del derecho internacional del Estado: *pacta sunt servanda*, según el cual los estados parte deben cumplir con sus obligaciones convencionales de buena fe conforme a lo dispuesto en el Tratado de Viena (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1969) y no pueden por razones de orden interno dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas.

Posterior a esto se llevó a cabo una audiencia de cumplimiento de sentencia el día 21 de agosto de 2017, citada por la Corte IDH en su 119vo periodo ordinario de sesiones. En esta audiencia se desveló total el desinterés de Argentina sobre acatar la orden de dejar sin efecto el fallo de 2001, los Agentes del Estado dejaron saber que no había recurso que la rama del poder ejecutivo pudiera usar para exigir a la rama judicial el cumplimiento de la sentencia, como si en un proceso internacional la personería del Estado se pudiera fraccionar en las ramas del poder público. Respecto al pago de las sumas dinerarias expresó que es un trámite que se ha demorado por asuntos administrativos, que esperan que hasta diciembre de 2017 ya se haya resuelto.

3. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina: el incumplimiento de la sentencia a la luz de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

En este espacio realizaremos un breve recorrido por la doctrina internacional sobre la vinculatoriedad general de los pronunciamientos surgidos en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posteriormente haremos un desglose esquemático de las consideraciones más importantes contenidas en el fallo de 14 de febrero de 2017 proferido por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, la cual será abordada en 5 categorías independientes, que al paso de su exposición serán evaluadas conforme a su correspondencia con los estándares internacionales en la materia.

4. Vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH

Hasta hace algún tiempo atrás se consideraba impensable para los cultores de la doctrina jurídica en general, y del derecho internacional en particular, que un pronunciamiento emitido por un organismo judicial supranacional tenga el alcance de hacer una intromisión legítima dentro de un estado soberanamente constituido (Hitters, 2008). Hoy en día en virtud de sendos tratados internacionales se han configurado sistemas judiciales internacionales de protección de derechos humanos, que obligan saber, al abogado y al juez, que en un asunto de violación de estos derechos no culmina en las fronteras propias de una determinada jurisdicción nacional.

En el marco del fortalecimiento de la cooperación internacional y de la defensa de los intereses mutuos, los estados americanos buscaron crear el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuyo objetivo es reducir los desbordes del estado en una sede judicial supranacional, caracterizada principalmente por su imparcialidad, el cumplimiento de las garantías judiciales y la idoneidad, eficiencia y eficacia de sus recursos. Una de las piedras angulares del SIDH es la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969), la cual de conformidad con sus artículos 1.1 y 2, obliga a estados parte a respetar los derechos y libertades contenidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio; debiendo adoptar las respectivas disposiciones para adecuar su ordenamiento interno a los estándares internacionales de protección. Estas disposiciones son las referentes a: dictar normas concordantes con la Convención (Corte IDH, Sentencia del Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, 2004) y suprimir las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación de garantías de derechos humanos (Corte IDH, Sentencia del Caso Yatama vs. Nicaragua, 2005). Lo anterior por cuanto el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de derecho internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en impunidad ninguna violación (Corte IDH, Sentencia del Caso La Cantuta Vs. Perú, 2006).

Una vez el estado ratifica la CADH y acepta voluntariamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se somete al escrutinio internacional de ese Tribunal, de tal manera que si resultare vencido en un juicio de responsabilidad por la violación de los derechos consagrados en la Convención, debe obligatoriamente cumplir con la sentencia emitida por la Corte, tal como lo estipula el artículo 68.1 del mencionado tratado. En este sentido la Corte IDH ha recalcado de manera reiterada que los órganos del poder público de los estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones (Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Bulacio Vs. Argentina, 2004) y que de conformidad con el artículo 67 de la CADH los fallos son definitivos e inapelables, debiendo el estado cumplirlos de forma íntegra (Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Kimel Vs. Argentina, 2010).

Es preciso acotar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (OEA, 1969) dispuso que según el principio *pacta sunt servanda* los tratados son de obligatorio cumplimiento para las partes (artículo 26), impidiendo que los estados puedan invocar razones de orden interno como

justificación del incumplimiento del mismo (artículo 27) y que las obligaciones contenidas en ellos deben interpretarse de buena fe (artículo 31.1). En ese orden de ideas, la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones de la Corte IDH corresponde al principio básico del derecho internacional: *pacta sunt servanda*, según el cual los estados deben acatar sus obligaciones convencionales de buena fe y esas obligaciones vinculan a todos sus poderes y órganos públicos (Corte IDH, Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Bulacio Vs. Argentina, 2004). Incluso se ha llegado a considerar que los pronunciamientos de la Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes *ipso iure* de tal forma que entran a formar parte del derecho interno del estado receptor desde el mismo momento de su expedición (Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, 2006).

Una vez concretado el marco legal sobre el cumplimiento de los pronunciamientos de la Corte IDH, se debe aclarar que Argentina es Estado Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos desde el 5 de septiembre de 1984 (Congreso de la República de Argentina, Ley No 23.054 de 1984), fecha en la cual también reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH, de suerte que tiene la obligación convencional de acatar e implementar sus pronunciamientos, así como también está obligado a presentar informes sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de ellos.

5. Fórmula de la cuarta instancia

La vulneración de la teoría de la cuarta instancia es uno de los principales argumentos de la sentencia de 14 de febrero de 2017 proferida por la CSJN, para no cumplir con la orden supranacional. Lo anterior por cuanto afirma que el funcionamiento de la Corte IDH es de carácter subsidiario, en tanto que no actúa como una instancia más en los casos tratados por las cortes nacionales, quedándole vedada la facultad para revisar o anular fallos internos. Según las CSJN el dejar sin efecto su propio fallo, que es sinónimo de revocarlo, implicaría transformar al Tribunal Internacional efectivamente en una cuarta instancia (consideraciones 8, 9, 10, 11, 14).

Para analizar este argumento en primera medida debemos deslindar qué es y qué contempla la teoría de la cuarta instancia en la doctrina y en la jurisprudencia internacional: la fórmula de la cuarta instancia supone que un tribunal internacional no es una instancia judicial adicional a las cortes

internas, impidiendo que esta revise hechos, mecanismos de investigación y pruebas llevados a cabo en la sede nacional, a menos que su realización resulte contraria a pautas objetivas, razonables o convencionales de modo manifiesto. Desde el preámbulo de la CADH (OEA, 1969) se definió que la protección convencional es de naturaleza coadyuvante o complementaria a la que ofrece el derecho interno de los estados americanos y este es el argumento base que ha permitido la formulación del principio de la cuarta instancia. En ese orden de ideas ha sido reconocido ampliamente por la Corte IDH desde sus primeros pronunciamientos que su función es de carácter complementario, lo que guarda lógica con la obligación de las víctimas de agotar los recursos internos y con la obligación de los estados de proveer garantías judiciales y protección judicial frente a violaciones de derechos (Sentencia del Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988).

Con base en lo sentado, la cuarta instancia es un límite al SIDH para que el tribunal internacional no se arrogue facultades revisoras y usurpe las funciones de un tribunal interno. En la doctrina se afirma que la fórmula de cuarta instancia significa que “the international forum is not to act as a quasi-appellate court as to the correctness of a national court’s judgment under its national law³” (Dahlberg, 2014, p. 81), así mismo, el tribunal no debe analizar si hubo desacuerdo entre las partes sobre la apreciación de la pruebas (Robles, 2014), ni tampoco puede estudiar los presuntos errores de hecho o de derecho del tribunal interno (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], Judgment Tomić and Others Vs. Montenegro, 2012).

En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, parece necesario precisar que el derecho al acceso a la justicia, a la tutela efectiva de los derechos y a un juicio justo, han permitido que la regla general de la fórmula de la cuarta instancia admita una excepción que, por su naturaleza, no desborda la competencia de una corte internacional de derechos humanos. En ese sentido se puede precisar que “if the Court considers the domestic court failed to consider certain factors when assessing the legal nature of the case, it risks going beyond its competence and acting as a court of fourth instance⁴” (TEDH, Voto concurrente del Juez Dedov, Caso Brežec Vs. Croacia, 2013), de tal manera que el tribunal internacional no viola la fórmula si nota que el tribunal doméstico, mediante un proceso interno o mediante una providencia judicial, está vulnerando derechos protegidos en la CADH (Corte IDH, Sen-

3 El tribunal internacional no está llamado a fungir como tribunal cuasi-apelativo que corrige las sentencias de un tribunal nacional bajo la ley interna.

4 Si la Corte considera que el tribunal nacional no tuvo en cuenta determinados factores al evaluar la naturaleza jurídica del caso, corre el riesgo de extender su competencia y actuar como órgano jurisdiccional de cuarta instancia

tencia del Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil, 2017), en esos casos le está autorizado legítimamente a la Corte tomar determinaciones respecto de esos procesos y de esas providencias, pues de no hacerlo, su función última, la de proteger derechos humanos frente a arbitrariedades del estado, se volvería ilusoria. Como lo señala Antonio Cançado Trindade y Germán Albar (1998):

No se trata en verdad de revisar las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes. (p. 21)

En ese sentido al valorarse el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales, puede darse una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y los sucesos en la jurisdicción interna. Por lo tanto, la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de las obligaciones internacionales del estado, puede conducir a que la Corte legítimamente deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos y sus decisiones para establecer su compatibilidad con la CADH, y en caso de considerarlo, emitir las respectivas medidas reparativas.

Ahora bien, en el caso *Fontevicchia & D'Amico Vs. Argentina* la Comisión y los representantes de las víctimas solicitaron a la Corte IDH la protección de sus derechos convencionales frente a las vulneraciones del Estado y no la revisión del fallo local. Sin embargo, en el transcurso del caso contencioso la Corte evaluó el fallo proferido por la CSJN como acto estatal generador de responsabilidad internacional desde la óptica de la CADH. Y en virtud de este argumento se encontró que, en efecto, el fallo en sí mismo había vulnerado el artículo 13 de la Convención en perjuicio de los demandantes, pues este no se ajustaba a los estándares de protección internacional del derecho a la libertad de expresión, con los argumentos ya explicados. De suerte que, al ordenar dejar sin efecto el fallo interno, la fórmula de la cuarta instancia quedó incuestionada, en el entendido que esta decisión se dio en ejercicio de la excepción del principio y en función de la misma competencia natural de la Corte IDH, de proteger derechos humanos, y no como consecuencia de actuar como una instancia adicional a los tribunales internos. La esencia del principio de la cuarta instancia en este caso no fue quebrantada ya que previo trámite contencioso se determinó, que la sentencia interna

vulneraba derechos humanos y en consecuencia, dejarla sin efecto, constituía una de las formas de reparar los derechos vulnerados por el Estado. En ese orden de ideas, los argumentos esbozados por la CSJN sobre la vulneración de la fórmula de la cuarta instancia para rehusarse al cumplimiento del fallo de la Corte IDH han quedado despojados de autoridad a través de las precisiones realizadas en este texto. Se ha demostrado que doctrinal y jurisprudencialmente existe una excepción legítimamente aceptada para que el tribunal internacional tome medidas sobre un fallo interno, que ocurre cuando este contraviene disposiciones convencionales, y en ese caso la Corte no se convierte en un tribunal de apelaciones.

6. Doctrina de la compétence de la compétence

Sigue, en el pronunciamiento de 14 de febrero de 2017 el argumento de la CSJN respecto a que las medidas remediales que puede tomar la Corte IDH deben estar enmarcadas en un cuadro potestativo previamente diseñado. Según la CSJN el ordenar dejar sin efecto un fallo interno excede la competencia del Tribunal Internacional puesto que este mecanismo restitutivo no se encuentra en el texto de la CADH. Afirma que la competencia de la corte supranacional está limitada a los instrumentos que la han constituido y que carecen de una jurisdicción inherente e inalterable para seleccionar los remedios que quieran aplicar (consideraciones 6, 12, 14, 15).

La CSJN ha tocado el tema de la competencia que tiene la Corte IDH para diseñar las medidas de reparación que debe adoptar el estado en su paso hacia la protección de derechos humanos. Para desarrollar este asunto, debemos recordar primero, que la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH, siempre que los estados parte en el caso hayan reconocido su competencia (artículo 62, CADH). En caso de verificar la existencia de una violación de un derecho protegido convencionalmente, la Corte IDH dispondrá, según el artículo 63 de la CADH: (i) que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, (ii) que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y (iii) el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Parece necesario, en este punto, recordar que el Estado de Argentina reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de De-

rechos Humanos desde el día 5 de septiembre de 1984, cuya consecuencia lógica deductiva nos permite concluir que el Tribunal puede conocer y decidir los asuntos contenciosos provocados por sus violaciones de derecho humanos, así como también tiene la facultad de declarar la responsabilidad internacional y ordenar medidas de reparación e indemnizaciones que crea adecuadas. Órdenes emitidas dentro del ámbito de sus facultades convencionales de conformidad con los artículos citados en el párrafo anterior.

Empecemos el análisis de este apartado con la competencia dispositiva de la Corte en materia de medidas de reparación. Como se observó el artículo 63 de la CADH (OEA, 1969) no realizó un listado taxativo de medidas de reparación que la Corte IDH puede tomar en casos determinados. El artículo se redactó en sentido amplio para que el Tribunal, en ejercicio de su facultad jurisdiccional autónoma disponga dentro de su competencia cuáles son esas medidas reparativas a ordenar en casos específicos. En ese sentido la competencia de la Corte para adoptar medidas de reparación es general, amplia e implícita puesto que el artículo 63 de la CADH no ha limitado de ninguna manera su campo de acción en materia de medidas de reparación; por el contrario, la redacción literal del texto le permite al Tribunal acoplarse e interpretar las medidas de acuerdo a las necesidades de cada caso concreto y al contexto en el que se desarrolló la infracción. Las medidas pueden variar abismalmente de un caso a otro. En consecuencia la lógica del Estado de Argentina según la cual la Corte no puede ordenar dejar sin efecto un fallo interno por cuanto esta medida específica no está contemplada en el artículo 63 de la CADH, no se encuentra ajustada a la naturaleza misma de la convención y sus medios de protección, pues se está desconociendo sin base normativa las facultades amplias que la Convención le ha otorgado a la Corte en virtud del citado artículo. De aceptarse la interpretación de Argentina, se aceptaría también la afirmación de que la Corte IDH no puede ordenar ninguna medida de reparación por cuanto ninguna de ellas se encuentra contemplada expresamente en el artículo 63 de la CADH y de ser así, no habría justificación, entonces, para la existencia de un Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, pues las medidas de reparación nunca podrían ordenarse por no estar expresas, ni mucho menos hacerse materiales, porque esa sería la excusa general de todos los estados para el incumplimiento de sus obligaciones convencionales.

Acertadamente la doctrina ha aseverado que: “when the international court contemplates the performance of pre or postarbitral supervisory roles,

it must still consider whether the tasks presented to it are within its competence⁵” (Reisman, 1996, p. 9). Esta visión de la competencia de las cortes internacionales contiene un principio de acción fundamental en el gobierno de la actividad jurisdiccional internacional: el principio de la compétence de la compétence. Esta es una expresión de origen francés (Kompetenz-Kompetenz en alemán), “(which) refers to the power of an international court or tribunal to define the limits of its own jurisdiction⁶ (Boisson de Chazournes, 2010, p. 28)”, sin llegar a desbordar el consenso inicial de los estados parte. La aplicación del principio de la compétence de la compétence es un prerrequisito para el ejercicio pleno de la jurisdicción internacional. Los estados parte, que de manera consensuada, otorgaron competencia a una corte supranacional, también le conceden la facultad de definir los límites de su propia competencia, en virtud de la autonomía, independencia e imparcialidad internacional; pues no tendría sentido ceder una jurisdicción más allá de las fronteras nacionales si esta estaría sujeta a las interpretaciones locales.

La compétence de la compétence es un fenómeno jurídico propio del derecho judicial internacional, que ha sido codificado en tratados multilaterales, en particular en el artículo 48 de la Convención No. I de la Haya de 1899 y el artículo 43 de la Convención No. II de la Haya de 1907, los dos tratados se refieren a la solución pacífica de disputas internacionales; así mismo el principio ha sido desarrollado por los pronunciamientos de los tribunales internacionales, donde ha quedado expreso que “as a general rule, any body possessing jurisdictional powers has the right in the first place itself to determine the extent of its jurisdiction⁷” (Corte Internacional de Justicia, Advisory Opinion, Interpretation of the Greco-Turkish Agreement, 1928, p. 20)”. En el ámbito interamericano, ya en varias sentencias se ha hecho referencia a este principio. En ese sentido, en casos como Furlán y familiares Vs. Argentina (2012) la Corte IDH recordó que, como todo órgano con funciones jurisdiccionales internacionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia. Y en casos como Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (Competencia, 1999) la Corte IDH recaló que:

Su competencia no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula

5 Cuando el tribunal internacional realiza el desempeño de sus funciones de supervisión pre o pos arbitrales, debe también tener en cuenta si las tareas que se le presentan están dentro de su competencia.

6 Que se refiere al poder que tiene una corte o tribunal internacional para definir los límites de su propia jurisdicción.

7 Como regla general, todo órgano que tenga competencias jurisdiccionales tiene el derecho, en primer lugar, de determinar el alcance de su jurisdicción

facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence* de la *compétence*, por ser maestra de su jurisdicción (p. 34).

Hoy en día se entiende que la *compétence* de la *compétence* es un poder inherente a los tribunales internacionales y por lo tanto es un principio general de procedimiento internacional, que permite que el tribunal considere su competencia como la establecida bajo sus propias determinaciones (Boisson de Chazournes, 2010). Acercándonos al caso analizado, demostramos que la decisión de la Corte IDH sobre dejar sin efecto la providencia de 25 de septiembre de 2001 proferida por la CSJN se expidió de conformidad con su facultad de poder definir los propios límites de su competencia, sin llegar a desbordar el consenso inicial que Argentina le otorgó a través de la aceptación de su competencia contenciosa. Queda claro que de acuerdo con la naturaleza de la jurisdicción internacional la Corte IDH es juez única de su propia competencia, y en ese sentido tiene a autonomía de definir, sin extralimitarse en su competencia, cuáles medidas de reparación ordena en cada caso en concreto, quedándole prohibido a los tribunales internos interpretar el alcance jurisdiccional de dichas órdenes. En conclusión las consideraciones realizadas por la CSJN respecto a que la competencia de la Corte IDH se encuentra limitada por la CADH se tornan contradictorias con lo aquí confirmado, puesto que desconoce que por la naturaleza del derecho internacional, es esa misma Convención Americana de Derechos Humanos, la que le permite fungir como tribunal autónomo, imparcial e independiente, capaz definir su propia competencia, e idóneo para determinar los medios de reparación que estime necesarios con base en el contexto infractor que el caso en concreto provea.

7. La CADH y los principios del derecho público de Argentina

La siguiente clasificación argumentativa del fallo de 14 de febrero de 2017 es la relativa a la imposibilidad de cumplir con el fallo *Fontevéchia & D'Amico* a la luz de los principios de derecho público de Argentina (consideraciones 7, 16, 17, 18, 19, 20). Fundamenta su motivación en el artículo 27 de

la Constitución Política (1853) la cual reza “el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. La CSJN asume que este artículo constitucional la faculta para interpretar las obligaciones asumidas por el Estado respecto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así mismo supone que el ordenamiento interno se encuentra blindado por una reserva soberana que permite interpretar los fallos de los tribunales internacionales. Finalmente afirma que dejar sin efecto la sentencia de 25 de septiembre de 2001 implica privarse de su carácter de órgano supremo del poder judicial y en consecuencia estaría alterando el sentido de la Constitución y violando los principios generales del derecho público de Argentina.

Prima facie los argumentos de la CSJN pueden resultar, en cierta medida, convincentes. Para determinarlo tenemos que formularnos dos preguntas, a saber: (i) cual es la jerarquía de los tratados internacionales dentro del ordenamiento interno argentino y (ii) si le es permitido a la CSJN decidir si un tratado internacional de derechos humanos, ya ratificado, se acopla a los principios de derecho público internos.

Para resolver la primera cuestión citaremos el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Política de Argentina, según el cual expresamente se manifiesta que la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo un tratado que versa sobre la protección de derechos humanos, hace parte de la jerarquía constitucional y por lo tanto es superior a las leyes de Argentina. Recordemos que, como se señaló, la Convención Americana de Derechos Humanos ingresó al sistema legal de Argentina con la ratificación del poder ejecutivo y la aprobación por parte del Congreso (Ley No 23.054 de 1984), de suerte que, por ser protectora de derechos humanos, no es una ley de rango ordinario, sino constitucional. Además, en pronunciamientos que en otrora la CSJN expidió sobre este tema se dijo que resultaría un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional de Argentina que, por un lado, confiere rango constitucional la mencionada Convención, permita interpretaciones que releguen su vinculatoriedad frente a las disposiciones internas (Fallos: 335:2333, 2012). Queda claro que por disposición del mismo sistema legal argentino la CADH, al ser un tratado de derechos humanos, forma un bloque constitucional con la Carta Política Argentina, bloque que debe ser entendido como un solo cuerpo jurídico que está conformado por documentos del mismo nivel jerárquico: el texto superior y la CADH. Esta situación

no puede ser desconocida por ninguno de los poderes estatales, y eso incluye, por supuesto, a la CSJN. Luego de resolver esta sencilla pero sustancial pregunta, que a propósito la CSJN no toca en su pronunciamiento de 14 de febrero, abrimos el paso a resolver la segunda cuestión.

Compete ahora razonar si le es permitido, o no, a la CSJN decidir si un tratado internacional de derechos humanos, ya ratificado, se acopla a los principios de derecho público internos de la Nación. La Corte Suprema de Justicia de Argentina es el órgano judicial de cierre dentro del Estado, de ello no hay duda. A eso hay que sumarle que después de los trámites en el ejecutivo y en el legislativo, en ejercicio del artículo 27 constitucional ya citado, se ratificó la CADH y se aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH desde 1984 (Ley No 23.054 de 1984). Lo anterior supone que con el ingreso de este nuevo documento al sistema constitucional, todo el estado de Argentina (no solo el poder judicial) se somete al escrutinio internacional y a la posibilidad de estar bajo la jurisdicción de una Corte que, de cierto modo, va a fiscalizar sus actuaciones en caso de vulneración de derechos humanos, y en caso de comprobarse una de estas vulneraciones, podrá tomar las medidas tutelares y reparatorias respectivas. Las medidas que puede ordenar la Corte IDH, vinculantes como ya se demostró, *per se* afirman la idea que un órgano supranacional se ubica por encima de los tres poderes públicos del estado, situación que no se deriva de la vulneración de la fórmula de la cuarta instancia, si no de la naturaleza propia de la supervisión internacional a la cual se somete el estado voluntariamente.

Ahora bien, de la semántica del artículo 27 constitucional se deduce que el deber del gobierno de afianzar las relaciones de paz y comercio obliga al mismo tiempo a verificar que los tratados están acorde a los principios de derecho público constitucionales. Para el caso que nos ocupa, esta verificación se agota en el instante en que el ejecutivo hizo posible el hecho de afianzar las relaciones de paz por medio de la firma de la CADH, y se concretó cuando el legislativo la aprobó mediante la Ley No 23.054 de 1984, pues de lo contrario el tratado internacional no podría hacer parte del rango constitucional del Estado, como hoy en día lo es. En ese orden de ideas le queda vedado a la CSJN entrar a afirmar que la Convención Americana se contrapone a los principios de derecho público argentinos, puesto que los órganos encargados constitucionalmente de esta verificación, fueron: el ejecutivo, mediante la orden contenida en el artículo 99 inciso 11 de la Constitucional y el legislativo con la Ley No 23.054 de 1984 (Congreso de la República de

Argentina), aprobada según el artículo 75 inciso 22 constitucional.

Es sensato alegar, entonces, que la Convención Americana de Derechos Humanos se ajusta a los principios de derecho público de Argentina, pues además de que este examen se depuró cuando los órganos ejecutivo y legislativo dieron vía libre para su implementación, también se puede verificar que el tratado no altera la supremacía de la constitución, no cambia la forma de gobierno, no suprime una provincia, no incorpora nuevas, no desintegra social o políticamente el Estado, no restringe los derechos civiles, políticos, sociales ni culturales reconocidos por la Constitución, no suprime o disminuye las garantías constitucionales, como el mismo fallo de 14 de febrero lo afirma en la consideración 18. En consecuencia, la negativa a aplicar el fallo internacional no es bien recibida a la luz de lo explicado, porque el admitirla, implica que también se acepta que las disposiciones dogmáticas constitucionales internas tienen un conflicto irreparable, permitiéndole al Máximo Tribunal Nacional inaplicar adrede disposiciones de rango constitucional, que eventualmente desembocaría en la ilegitimidad de su ejercicio.

Aunado a lo anterior se debe recordar que el dejar sin efecto un fallo nacional no hace eco en que la CSJN se priva de carácter de órgano supremo del poder judicial nacional, por el contrario, es una señal de una genuina aplicación de un tratado internacional de rango constitucional. La CSJN carece de jurisdicción para determinar si el fallo internacional es aplicable o no, pues esto excede sus competencias originarias y derivadas. En todo caso, no se debe dejar de lado, que el fallo *Fontevecchia & D'Amico* no se causó en una intromisión ilegal de una entidad supranacional, sino en la ineffectividad estatal comprobada al momento de proteger derechos humanos dentro de su propia soberanía, en ese orden de ideas, el cumplir con el fallo internacional es una forma constitucional de reparar derechos a sus ciudadanos.

Para finalizar este apartado, debemos recordar que es la Corte IDH quien tiene la competencia para interpretar la CADH (artículos 62.3 y 64 de la CADH) y sus sentencias (artículo 67 de la CADH), y que ningún estado miembro puede argumentar razones de orden interno para incumplir con las disposiciones del órgano internacional (artículo 27 de la convención de Viena, 1969), por lo que todo conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que pueda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implicará la responsabilidad del Estado (Virally, 2010). De suerte que Argentina debe sujetarse a la jurisprudencia interamericana, del mismo modo que al texto de la CADH, y en conclusión, solo le resta abstenerse

de hacer interpretaciones forzadas del texto constitucional y reconsiderar el cumplimiento del fallo *Fontevicchia & D'Amico* en el orden interno.

8. Margen de apreciación nacional

Finalmente, una última categoría en la que hemos clasificado la providencia de 14 de febrero de 2017 es el argumento sobre el margen de apreciación nacional que según señala (consideración 10) es una manifestación material del carácter subsidiario que tiene la Corte IDH respecto al Estado de Argentina y por lo tanto no es viable acatar su decisión. La CSJN no hace un desarrollo específico de este postulado, sólo se limita a mencionarlo superficialmente, no obstante, para que no haya dudas sobre si esta doctrina aplica o no en el caso en concreto, procederemos a analizarlo.

El margen de apreciación nacional es una doctrina desarrollada principalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la doctrina del viejo continente. Esta teoría:

Means that states are allowed a certain margin for discretion in order to take into account the special circumstances of each state. It has been stated that in order to maintain its institutional credibility, the court must refrain from interfering with the margin of appreciation granted to Contracting States⁸ (Dahlberg, 2014, p. 78).

En otras palabras, lo podríamos definir, también, como la facultad de los estados que les permite un ámbito de discreción o espacio de maniobra respecto a la forma en la que cumplen con las obligaciones o estándares contenidos en las convenciones de derechos humanos, tomando en cuenta sus propias circunstancias y condiciones particulares (Saul, 2015). Esta técnica también ha sido compartida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la forma en la que los estados parte conciben y limitan los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, a lo que ha adicionado que: esas limitaciones deben guardar correspondencia estricta entre el medio empleado y el fin perseguido, y en definitiva, no pueden suponer la negación misma de ningún derecho (Caso *Cantos Vs.*

⁸ El margen de apreciación nacional significa que se permite a los estados un cierto margen de discrecionalidad a fin de tener en cuenta las circunstancias especiales de cada estado. Se ha afirmado que, para mantener su credibilidad institucional, la corte debe abstenerse de interferir con el margen de apreciación otorgado a los Estados Contratantes.

Argentina, 2002).

La base doctrinal de esta teoría puede condensarse en los siguientes sub principios de derecho internacional (Spielman, 2014): (i) Subsidiariedad, que hace referencia a que antes de llegar a un proceso contencioso internacional, los estados tienen la posibilidad de asegurar la protección interna de los derechos convencionales en primera oportunidad. Esto sucede porque las cortes domésticas pueden observar e interpretar mejor la plataforma fáctica de cada caso en concreto dentro del país (TEDH, Caso Diamant SALIHU and others Vs. Suecia, 2016). (ii) Proporcionalidad, que se refiere a que para restringir derechos humanos con base en el margen de apreciación debe existir una necesidad social apremiante, cuidadosa y de buena fe (TEDH, Caso Morice Vs. Francia, 2015), que además, implica el razonamiento de un parámetro gradual y escalonado entre los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* (Stone & Mathews, 2013). (iii) Consenso, que indica que la presencia o ausencia de consenso internacional sobre la interpretación de un derecho específico determina la aplicación o no del margen de apreciación nacional. “(This margin) is concerned with whether there is a consensus between the states, or not. If there is consensus, then the margin will be narrower and when there is no consensus, then the margin afforded to the states is wider⁹ (Dahlberg, 2014, p. 80)”. Por ejemplo en la causa Schalk and Kopf Vs. Austria (TEDH, 2010), se concluyó que no podía endilgarse responsabilidad internacional a Austria por no haber promulgado legislación que permitiera el registro de parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que para la época no existía un consenso europeo sobre la materia, de ahí que ante la ausencia del referido consenso, el Estado disfrutaba de un amplio margen de apreciación nacional.

El análisis de las tres bases mencionadas, constituyen la procedencia de la aplicación de margen de interpretación nacional. De forma que el hecho que el estado alegue la aplicación de esta teoría tendrá la obligación argumentativa tendiente a demostrar el cumplimiento de estos supuestos. Ahora bien, de la lectura de providencia de 14 de febrero de 2017 no se conoce sobre qué situación específica la CSJN argumenta el uso de la doctrina del margen de apreciación nacional, no obstante, de la lectura podríamos plantear dos posibles hipótesis: (i) la CSNJ podría estar interesada en argumentar esta doctrina respecto a la garantía del derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 13 de la CADH, razonando que puede garantizar ese

⁹ Se refiere a si hay consenso entre los estados o no. Si hay consenso, entonces el margen de apreciación será reducido, y cuando no hay consenso el margen de apreciación dado a los estados será más amplio.

derecho dentro de su jurisdicción de acuerdo a sus condiciones específicas y (ii) la CSNJ podría pretender usar esta doctrina para argumentar que el incumplimiento en sí mismo del fallo de la Corte IDH se debe a las especiales circunstancias internas de su propio Estado.

Si nos guiamos por la primera hipótesis tendríamos que hacer hincapié en que en el estado actual del proceso contencioso no hay lugar a usar la teoría del margen de apreciación nacional sobre el artículo 13 de la Convención, puesto que dicho argumento debió usarse mediante las instancias procesales internacionales pertinentes, como: la contestación, las excepciones, los alegatos, etc. Actualmente el proceso ya cuenta con sentencia, situación que no da pie al uso de ese argumento, pues el mismo es una defensa que ya resultó vencida en el transcurso del trámite internacional. Es una cuestión de procedimiento. Siguiendo ahora con la segunda hipótesis, y adicional al anterior argumento sobre el mal uso procesal de la figura, también es oportuno señalar, que aun cuando el margen de interpretación nacional procediera al momento de acatar el fallo internacional, este debe cumplir con la procedencia de los sub principios de subsidiariedad, proporcionalidad y consenso. Después de un somero análisis de estos principios podríamos aseverar que (i) si se dio la oportunidad al Estado de Argentina para proteger derechos en sede interna¹⁰, razón por la cual la Corte IDH está legitimada para actuar, sin vulnerar el principio de subsidiariedad, además, se debe dejar claro que el que hecho de que el tribunal doméstico esté en una mejor posición para valorar los presupuestos fácticos de un caso en concreto, no supone que tenga idoneidad para interpretar sus obligaciones convencionales, ni tampoco la aplicabilidad de los fallos de la Corte IDH; (ii) para restringir los derechos el Estado de Argentina debe determinar que la medida de inaplicar el fallo internacional es idónea, necesaria y proporcional *stricto sensu*; identificando que no existe otra medida alternativa que permita conseguir fines análogos y con un menor sacrificio a los afectados. La providencia aquí estudiada carece del análisis del principio de proporcionalidad, dejando plasmados conceptos abstractos sin lograr argumentar el cumplimiento de este presupuesto; y (iii) no existe ausencia de consenso de los países de las Américas sobre la vinculatoriedad de las decisiones proferidas por la Corte IDH, incluso la misma Corte Suprema de Justicia de Argentina, desde la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte hasta antes de 14 de febrero de 2017, había sido enfática en afirmar que los pronunciamientos internacionales eran de obligatorio cumplimiento, en observancia de los principios de buena fe

10 Ver antecedentes del conflicto, parte inicial del presente texto.

y *pacta sunt servanda*, so pena de verse comprometido en una nueva causa de responsabilidad internacional (fallos: 326:2968, 327:5668, 334:1504, 336:1024, 315:1492, 318:373, 334:1504). Por lo tanto, se demuestra que no es viable usar el principio del consenso para aplicar la teoría del margen de apreciación nacional.

Como se señaló, la CSJN apenas mencionó el margen de interpretación nacional sin argumentar las causales, presupuestos, o procedencia del criterio. De forma que el fallo de 14 de febrero contiene un quebranto hermenéutico en su motivación que, en el fondo, revela una decisión caprichosa por parte del Máximo Tribunal Argentino y no un estudio juicioso sobre la aplicación constitucional y convencional de los fallos de la Corte IDH. Lo anterior produce una inseguridad jurídica en el derecho interno de Argentina respecto a la protección de los derechos humanos protegidos en la Convención de San José. Inseguridad que se eventualmente puede extenderse hacia los demás países de la región, puesto que es costumbre en nuestros sistemas judiciales, que la jurisprudencia de otros países sea usada como criterio de interpretación para fallar causas propias.

CONCLUSIONES

Los estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por la Corte IDH en las sentencias que a ellos conciernen, obligación que, vincula a todos los poderes y órganos estatales y que, de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional. Al producirse este ilícito internacional surge la responsabilidad del estado por violación de una norma internacional, dándose así origen a una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina, en la decisión contenida en el fallo de 14 de febrero de 2017, toma una distancia considerable respecto a los estándares internacionales de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se separa de su línea jurisprudencial que hasta ese momento había imperado en sus pronunciamientos.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina está llamada, en lo su-

cesivo, a hacer su esfuerzo máximo para armonizar sus decisiones con los pronunciamientos judiciales internacionales, y dentro de lo posible, reconsiderar el cumplimiento de la sentencia *Fontevéchia & D'Amico*. O en su defecto, realizar una argumentación mejor lograda jurídicamente, al momento de cambiar su línea jurisprudencial, de tal manera que convenza a las víctimas y a los órganos internacionales que no hay otra solución posible a ese problema jurídico.

Como se anunció, la inseguridad jurídica nacional en materia de derechos humanos, en este corto tiempo ya se vio afectada. Es así como un reciente fallo de septiembre de 2017 proferido por la Cámara de Apelaciones de la ciudad San Salvador de Jujuy de Argentina, negó las medidas cautelares de las Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puesto que haciendo una interpretación extensiva del fallo de 14 de febrero de 2017 de la CSJN afirmó que le queda claro a la Cámara de Apelaciones que las opiniones o recomendaciones de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, no son vinculantes para el Estado Argentino, como tampoco revisten el carácter de obligatorios los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Expediente N° C-172/17, 2017).

BIBLIOGRAFÍA

Argentina, Cámara de Apelaciones de la ciudad San Salvador de Jujuy (septiembre de 2017). Decisión del recurso de apelación interpuesto por Paula Álvarez y otros para el cumplimiento de las medidas cautelares No. 25/16 proferidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Expediente N° C-172/17.

Argentina, Congreso de la República (1 de marzo de 1984). Ley No 23.054 de 1984 mediante la cual se aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos.

Argentina, Congreso General Constituyente (1 de mayo de 1853). Constitución Política de Argentina. Buenos Aires, Argentina.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación (14 de febrero de 2017). Sentencia del Caso Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “*Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina*”, M 368/1998.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación (14 de febrero de 2017).

Voto disidente del Magistrado Juan Carlos Maqueda, Caso Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina”, M 368/1998.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación (25 de septiembre de 2001). Sentencia del caso Carlos Saúl Menem Vs. Jorge Fontevecchia y otros, M 368/1998, Fallo 324:2895.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación (27 de noviembre de 2012). Sentencia del Caso Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ el Ejército Argentino s/ daños y perjuicios. Fallos: 335:2333.

Argentina, Procuración General de la Nación (26 de noviembre de 2014). Concepto en el caso Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia & D’Amico Vs. Argentina, M 368/1998.

Boisson de Chazournes, L. (2010) The Principle of Compétence de la Compétence in International Adjudication and its Role in an Era of Multiplication of Courts and Tribunals. En: M. Arsanjani, J. Cogan & S. Weissner. Looking to the Future: Essays in Honor of W. Michael Reisman. Leiden, Holanda: Martinus Nijhoff. 1027-1064.

Cançado Trindade, A. & Albar, G. (1998) Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos. San José, Costa Rica: Cox Editores, 1998.

Corte IDH (29 de julio de 1988). Sentencia de fondo, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Serie C No. 04.

Corte IDH (24 de septiembre de 1999). Decisión de competencia, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú.

Corte IDH (28 de noviembre de 2002). Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Caso Cantos Vs. Argentina, Serie C No. 97.

Corte IDH (17 de noviembre de 2004). Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Bulacio Vs. Argentina.

Corte IDH (25 de noviembre de 2004). Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Serie C No. 129.

Corte IDH (23 de junio de 2005). Sentencia de excepciones preliminares,

fondo, reparaciones y costas, Caso Yatama vs. Nicaragua, Serie C No. 127.

Corte IDH (29 de noviembre de 2006). Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Caso La Cantuta Vs. Perú, Serie C No. 162.

Corte IDH (15 de noviembre de 2010). Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Kimel Vs. Argentina.

Corte IDH (29 de noviembre de 2011). Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Caso Fontevecchia & D'Amico Vs. Argentina, Serie C No. 238.

Corte IDH (31 de agosto de 2012). Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Caso Furlán y familiares Vs. Argentina, Serie C No. 246.

Corte IDH (21 de agosto de 2014). Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala.

Corte IDH (1 de septiembre de 2015). Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Fontevecchia & D'Amico Vs. Argentina.

Corte IDH (22 de noviembre de 2016). Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Fontevecchia & D'Amico Vs. Argentina.

Corte IDH (16 de febrero de 2017). Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil, Serie C No. 333.

Corte Internacional de Justicia (28 de agosto de 1928). Advisory Opinion, Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of Dec. 1st, 1926 (Final Protocol, Article IV). Ser. B. No. 16.

Dahlberg, M. (2014). Is not its task to act as a court of fourth instance, *European Journal of Legal Studies*. Vol. 7, No. 2, 84-118.

Hitters, J. C. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos humanos?, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10. 131-155.

Organización de los Estados Americanos, (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica.

Organización de Naciones Unidas (23 de mayo de 1969). Convención de Viena, Derecho de los Tratados. Doc A/CONF.39/27, 1155 U.N.T.S. 331.

Reisman, M. (1996) The supervisory jurisdiction of the International Court of Justice: international arbitration and international adjudication. La Haya, Holanda: Recueil des cours.

Robles, R. (2014). La fórmula de la cuarta instancia y su relativización en el ámbito del Sistema Interamericano. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.

Saul, M. (2015). The European Court of Human Rights, Margin of appreciation and the Processes of National Parliaments, *Oxford Human Rights Law Review*. Vol. 15, No. 4. 745-774.

Spielman, D. (2014). Current Legal Problems, *Oxford Academic Review*. Vol. 67, No. 1. 49-65.

Stone, A. & Mathews, J. (2013) Proporcionalidad y constitucionalismo: un enfoque comparativo global. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (24 de junio de 2010). Sentencia de fondo, Caso Schalk and Kopf Vs. Austria.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (17 de abril de 2012). Sentencia de fondo, Caso Tomić and Others Vs. Montenegro.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (18 de julio de 2013). Voto concurrente del Juez Dedov, Caso Brežec Vs. Croacia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (23 de abril de 2015). Sentencia de fondo, Caso Morice Vs. Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (10 de mayo de 2016). Sentencia de fondo, Caso Diamant SALIHU and others Vs. Suecia.

Virally, Michel (2010). Fuentes del derecho internacional, en Sorensen, Max (Ed.), Manual de derecho internacional público. México DF., México: Fondo de Cultura Económica.

LA PRUEBA PERICIAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO. ANÁLISIS DEL CONTROL A LA ADMISIBILIDAD DEL CONO- CIMIENTO EXPERTO Y LA GARANTÍA DE CONFRONTACIÓN

Ronald Jesús Sanabria Villamizar¹¹

Fecha de recepción: 3 marzo de 2017

Fecha de aceptación: 26 de marzo de 2017

Referencia: SANABRIA VILLAMIZAR, Ronald Jesús. *La Prueba Pericial En El Proceso Penal Colombiano*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm 4. Págs. 45 a 58. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

ABSTRACT: The purpose of this document is to analyze the production of expert evidence in the probatory regime of the Colombian criminal process governed by Law 906 of 2004 –in forward CPP-. As the exercise of analyzing does not end with the mere description or systematization of standards, it is necessary to state the criteria on the basis of which will develop the goal; The analysis parameters will be the following: (i) end-function epistemic of the process, (ii) control of admission of expert knowledge and (iii) exercise of the right of confrontation. Based on the first one, the aim is to analyze the coherence of the rules that govern the probative activity on this means of proof; based on the second one is looking analyze the admissibility trial of the expert evidence (this will be taken into tells the American experience with the adoption of the so-called Daubert test or standard and the probatory conception of epistemic paternalism); Finally, the rules will be evaluated ensure a real and proper exercise of the right of evidentiary confrontation. Taking into account that in the assignment of meaning to the dispositions of texts normative abstract the judicial pre-

¹¹ Magister en Derecho Penal Universidad Libre y docente de la Universidad Libre de Cúcuta, Especialista en Crimen organizado y terrorismo Universidad de Salamanca.

cedent plays a preponderant role due to its character authoritative (in this case, articles 405-423 of the CPP), to establish the rules of production of the expert evidence in the Colombian criminal process will be taken into account mainly the jurisprudence of the Supreme Court of Justice, Criminal Cassation Chamber. The argumentative structure with which the text will be developed is as follows. Initially, In the first chapter of the text we will briefly explain the meaning of the variables with the that the rules will be analyzed. In the second chapter the traits will be described in a general way most significant aspects of the Colombian criminal process and, in a special way, the probative. In the third part of the text the rules of production of the test will be described expert. In the fourth chapter, we will proceed properly to develop the main objective of the present work.

KEYWORDS: Probatory regime, trial, expert evidence.

RESUMEN: El presente escrito tiene por objeto analizar la producción de la prueba pericial en el régimen probatorio del proceso penal colombiano regido por la Ley 906 de 2004 -en adelante CPP-. Como el ejercicio de analizar no se agota con la mera descripción o sistematización de normas, se hace necesario manifestar los criterios con base en los cuales se va a desarrollar el objetivo; los parámetros de análisis serán los siguientes: (i) fin-función epistémico del proceso, (ii) control de admisión de conocimiento experto y (iii) ejercicio del derecho de confrontación. Con base en el primero se persigue analizar la coherencia de las reglas que rigen la actividad probatoria sobre este medio de prueba; con base en el segunda se busca analizar el juicio de admisibilidad probatoria de las pruebas periciales (para esto se tendrá en cuenta la experiencia estadounidense con la adopción del llamado test o estándar Daubert y la concepción probatoria de paternalismo epistémico); finalmente, se evaluará si las reglas aseguran un real e idóneo ejercicio del derecho de confrontación probatoria.

Teniendo en cuenta que en la asignación de significado a las disposiciones de textos normativos abstractos el precedente judicial juega un papel preponderante por su carácter autoritativo (en este caso, arts. 405-423 del CPP), para fijar las reglas de producción de la prueba pericial en el proceso penal colombiano se tendrá en cuenta principalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

La estructura argumentativa con la que se desarrollará el texto es la siguiente. Inicialmente, en el primer capítulo del texto se expondrá sucintamente el significado de las variables con las que se analizarán las reglas. En el segundo capítulo se describirá de manera general los rasgos más significativos del proceso penal colombiano y de manera especial del procedimiento probatorio. En la tercera parte del texto se describirán las reglas de producción de la prueba pericial. En el cuarto capítulo se procederá propiamente a desarrollar el objetivo principal del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Régimen probatorio, juicio, prueba pericial.

1. SIGNIFICADO DE LAS VARIABLES DE ANÁLISIS

Analizar un objeto con la pretensión de llegar a conclusiones plausibles en términos de racionalidad y razonabilidad implica como presupuesto ineludible fijar variables de análisis intersubjetivamente controlables. El análisis de las reglas de prueba no escapa a esta máxima. Los fines y las funciones del proceso judicial y de la prueba jurídica en particular siempre ha sido un tema de fuerte controversia en la doctrina. Desde el inicio de la ciencia del derecho procesal a finales del siglo XIX y comienzos del XX se ha escrito de manera abundante sobre el para qué y el por qué de estas instituciones en el mundo del derecho. Recientemente, un grupo de pensadores de diferentes latitudes han coincidido en un conjunto de ideas medulares sobre el derecho probatorio, dándole nacimiento a lo que ha sido denominado el paradigma racionalista o epistemológico de esta área del derecho.

Dentro de esta nueva visión, se ha planteado lo que podría denominarse el fin-función epistémico del proceso judicial. Según esta visión, el proceso es un escenario en donde se puede y se debe producir conocimiento de calidad. En palabras de profesor Michele Taruffo (Taruffo M.), la función epistémica debe entenderse como un conjunto estructurado de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de controversias, de la cual se deriva una concepción del proceso judicial según la cual: es posible determinar la verdad de los hechos en que se basa una controversia y que, incluso, es necesario que el proceso se dirija hacia el descubrimiento de la verdad.

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). Precisamente es esto lo que se pretende realizar con las reglas de producción de la prueba pericial del régimen del proceso penal colombiano.

La segunda variable es el control de la admisión de conocimiento experto al proceso. En este tema los sistemas del *common law*, especialmente Estados Unidos, juegan un papel importante. Según explica Carmen Vázquez (Vasquez, 2015), la concepción del paternalismo epistémico propia de esta familia jurídica busca asegurar que sólo llegue conocimiento de calidad al juzgador, que históricamente se ha entendido es colegiado y lego (jurado). Este objetivo lo alcanza mediante la configuración de un régimen probatorio con múltiples reglas de exclusión de prueba aplicables, como es apenas natural, al momento de admitir la prueba. Estas ideas cobran especial relevancia en la prueba pericial. El riesgo de sobrevaloración epistémica o de deferencia al perito denunciado por la doctrina especializada (GASCÓN ABELLÁN, 2016) ha llevado al sistema de justicia estadounidense a fijar criterios especiales a la admisión de pruebas periciales, siendo uno de los más conocidos el llamado *test daubert*. Esta circunstancia es aún más preocupante si se tiene en cuenta que la naturaleza del conocimiento a la que se llega en el procedimiento probatorio es siempre en grado de probabilidad, incluso cuando se base en pruebas periciales. (VARGAS VÉLES, 2013)

El *test daubert* es un tema frecuentemente tratado por quienes se ocupan del estudio de la prueba pericial de parte. Por esta expresión se puede entender una de tres cosas: según una visión restringida, los criterios planteados por la Corte Suprema de Justicia al resolver en 1993 el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*; según una visión más amplia, se refiere a tres casos emblemáticos en donde la Corte Suprema se ocupó de analizar la científicidad del conocimiento experto que una parte pretendía llevar al jurado (esto se conoce como la “la trilogía *Daubert*”); finalmente, desde una visión académica, por *Daubert* se entiende un conjunto de criterios que deben tenerse en cuenta para la admisión de prueba pericial en el proceso.

Según explica Carmen Vázquez (Vasquez, 2016), la Corte Suprema de Justicia de estados unidos al resolver el caso Daubert planteó, a manera de mera recomendación o sugerencia, una serie de factores para valorar la cientificidad y, con ello, la fiabilidad probatoria de las pruebas en cuestión. Estos criterios son los siguientes:

1. Si la teoría o técnica puede ser (y ha sido) sometida a prueba, lo que constituiría un criterio que *comúnmente* distinguiría a la ciencia de otro tipo de actividades humanas.
2. Si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeta a la revisión por pares.
3. Si se trata de una técnica científica, el rango de error conocido o posible, así como la existencia de estándares de calidad y su cumplimiento durante su práctica.
4. Y, finalmente, si la teoría o técnica cuenta con una amplia aceptación de la comunidad científica relevante.

Sobre la tercera variable, esta hace referencia a la producción dialéctica de la prueba jurídica. Según explica el profesor Mauricio Duce (DUCE, 2014), el ejercicio de este derecho conlleva tres garantías: i) que los testigos de cargo declaren en presencia del acusado, *face to face*, ii) la posibilidad de contrainterrogar a los testigos y peritos y iii) la prohibición de admisión de prueba de referencia.

2. PROCESO PENAL COLOMBIANO Y SU RÉGIMEN PROBATORIO

El proceso penal está estructurado en dos etapas claramente diferenciadas: la investigación y el juzgamiento. Desde la perspectiva probatoria, la investigación está encaminada a obtener evidencia que será soporte del futuro ejercicio de la acción penal; por su parte, el juzgamiento es el escenario del debate probatoria, en donde se presente la práctica de la prue-

ba. Resulta de especial atención para efectos de este artículo la segunda fase del proceso penal.

La actividad probatoria del juzgamiento se genera en tres grandes audiencias: i) acusación, ii) preparatoria y iii) juicio oral. En la acusación se presente el descubrimiento probatorio. En la preparatoria se exponen las solicitudes probatorias de las partes y terceros con legitimación, y el juez emite al auto del decreto de pruebas. En el juicio oral de práctica la prueba.

Al ser un sistema de tendencia acusatoria, le está vedada el juzgador la facultad de decretar pruebas de oficio. Sin embargo, se permite que el juez realice preguntas de carácter complementario-aclaratorio a los testigos y peritos una vez culmine el ejercicio propiamente dicho del interrogatorio cruzado.

3. LA PRUEBA PERICIAL EN CPP

El CPP regula un sistema de prueba pericial de parte. Para la descripción de la producción de esta prueba en el proceso penal se estudiará 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.

3.1. Reglas relacionadas con la solicitud de la prueba

La prueba pericial es procedente a la luz del art. 405 del CPP cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Podrán ser peritos según el art. 408 ídem: i) las personas con título legalmente reconocido en la respectiva ciencia, técnica o arte; ii) en circunstancias diferentes, podrán ser nombradas las personas de reconocido entendimiento en la respectiva ciencia, técnica, arte, oficio o afición aunque carezca de título. A los efectos de la cualificación podrán utilizarse todos los medios de prueba admisibles, incluido el propio testimonio del declarante que se presenta como perito.

En cambio, según el art. 409 del CPP no podrán ser peritos: i) los menores de dieciocho (18) años, los interdictos y los enfermos mentales; ii)

quienes hayan sido suspendidos en el ejercicio de la respectiva ciencia, técnica o arte, mientras dure la suspensión; iii) los que hayan sido condenados por algún delito, a menos que se encuentren rehabilitados. Respecto a los informes periciales se tiene que las partes podrán presentar informes de peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a interrogatorio en el juicio oral y público, acompañando certificación que acredite la idoneidad del perito (art. 413 del CPP).

Reglas acerca del descubrimiento de la prueba pericial:

i) Distinción inicial: El *informe pericial* (artículo 415 Ley 906 de 2004) es la *base de la opinión pericial*, generalmente expresada por escrito, que contiene la ilustración experta o especializada solicitada por la parte que pretende aducir la prueba [CSJ. SCP. 25920 (21-02-07)].

ii) Regla general de descubrimiento: Este *informe* debe ser puesto en conocimiento de las otras partes por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la audiencia pública de juicio oral, si es producido con *posterioridad* a la audiencia preparatoria (art. 415) [CSJ. SCP. 25920 (21-02-07)]. No obstante, los *datos* del perito y el *tipo de dictamen* que se realizará tendrá que descubrirse en los momentos procesales oportunos previstos para cualquier evidencia (art. 415)

3.2. Reglas relacionadas con el decreto de la prueba

Además de los criterios genéricos de admisibilidad probatoria (pertinencia, conducencia y utilidad) y del especial de la prueba pericial (necesidad), que por su antigüedad y divulgación pueden tildarse de clásicos, el CPP consagra reglas para el conocimiento experto novel. Esta norma resultó una verdadera novedad para la realidad colombiano al entrar en vigencia la Ley (2004); sin embargo, pese a haber transcurrido más de una década de su implementación, existen pocos pronunciamientos judiciales sobre su significado y alcance; la doctrina tampoco se ha ocupado de realizar esta labor. La disposición normativa consagra lo siguiente: “Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios: 1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada. 2. Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica. 3. Que se

haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial. 4. Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica”.

Además de estar norma referida de manera especial a la prueba pericial, el CPP consagra criterios genéricos de inadmisión de prueba que pueden llegar a tener una incidencia importante en el tema objeto de estudio. Dispone el artículo 376: “Toda prueba pertinente es admisible, salvo en alguno de los siguientes casos: a) Que exista peligro de causar grave perjuicio indebido; b) Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio, y c) Que sea injustamente dilatoria del procedimiento”.

3.3. Reglas relacionadas con la práctica de la prueba

¿Qué elementos componen la prueba pericial? Esencialmente la prueba pericial es únicamente lo declarado por el perito en audiencia de juicio oral, ya que el informe solo sirve para refrescar memoria o impugnar credibilidad [CSJ. SCP. 25920 (21-02-07); 28862 (20-02-08); 30214 (17-09-08); 31475 (17-06-09); 31950 (19-08-09); 36827 (21-09-11); AP4398-2014; AP4442-2014]. 2. Por lo tanto, las críticas de valoración y legalidad deben ir dirigidas contra la prueba pericial y no contra el informe escrito del perito [CSJ. SCP. 25920 (21-02-07), 29609 (17-09-08), 30214 (17-09-08), 31475 (17-06-09), 31950 (19-08-09), 31981 (14-09-09) y 36827 (21-09-11)]. Lo anterior, por cuanto “esos informes no son la prueba, sino un germen de la misma y si bien, constan en un documento, tampoco pueden ser aducidos como tales” [CSJ. SCP. 30214 (17-09-08)].

¿Cuáles son las funciones del informe pericial? El informe pericial (artículo 415 Ley 906 de 2004) es la base de la opinión pericial, generalmente expresada por escrito, que contiene la ilustración experta o especializada solicitada por la parte que pretende aducir la prueba [CSJ. SCP. 25920 (21-02-07)]. Sobre sus funciones, la Corte Suprema ha señalado las siguientes:

i) Puede servir en la etapa investigativa para adoptar algunas determinaciones [CSJ. SCP. 25920 (21-02-07)], como servir de base epistémica para establecer la inferencia razonable de la ocurrencia del hecho y de la responsabilidad penal del proceso, ya sea para imponer una medida de aseguramiento u ordenar un acto de investigación, como por ejemplo búsqueda selectiva en

base de datos.

ii) Materializa el derecho a la contradicción razón por la cual debe integrarse al proceso de descubrimiento probatorio, admitirse como evidencia con destino a la futura prueba pericial y debe ser real y efectivamente conocido por la contraparte, para que pueda diseñar una estrategia, si fuese de su interés y así preparar además el contrainterrogatorio [CSJ. SCP. 25920 (21-02-07), 29609 (17-09-08), 30214 (17-09-08), 31475 (17-06-09), 31950 (19-08-09), 31981 (14-09-09) y 36827 (21-09-11)].

iii) Puede servir para refrescar memoria en la práctica de prueba en el juicio oral [CSJ. SCP. 25920 (21-02-07), 30214 (17-09-08)].

iv) Es útil para ponerle de presente contradicciones entre lo anotado en el informe y lo declarado en la audiencia del juicio oral por el perito [CSJ. SCP. 25920 (21-02-07), 28862 (20-02-08), 30214 (17-09-08) y 36827 (21-09-11)].

En todo caso, debe tenerse en cuenta que el informe escrito del perito, dado su ostensible carácter accesorio, ningún valor tiene si el experto no concurre a la audiencia de juicio oral a rendir de viva voz el dictamen, como lo postula el inciso segundo del artículo 415 de la ley 906/2004, pudiéndose inclusive presentar el dictamen sin el documento, tal cual lo consagra el artículo 412 de la misma ley [CSJ. SCP. 25920 (21-02-07), 28862(20-02-08), 29609(17-09-08), 30214 (17-09-08), 30480(03-06-09), 31475 (17-06-09) y 31950 (19-08-09)].

¿Qué sucede cuando el perito que realizó el informe no puede ir a la audiencia de juicio oral por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito? Inicialmente debe tenerse en cuenta que la ley habilita mecanismos para que aún en la lejanía o bajo padecimientos de salud que le impidan desplazarse, el perito pueda rendir su versión oral, conforme lo establecido por el artículo 419 del CPP

Pero si ello no es posible, se ofrece otra alternativa, referida a la posibilidad de que aún en curso de la audiencia de juicio oral, desde luego, durante la etapa de práctica de pruebas, dada la imposibilidad de que ese perito inicial brinde el testimonio requerido, se pueda presentar otro informe de perito distinto que realice de nuevo examen al objeto de interés para el proceso, conforme lo dispuesto por el artículo 412 de la Ley 906 de 2004, en cuanto señala que los peritos pueden ser citados por el juez, a instancia de las partes, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con

los informes “o para que los rindan en la audiencia”.

Sin embargo, si ninguna de estas dos opciones se hace factible por el camino de la excepcionalidad, dentro de un criterio de razonabilidad y ponderación que tenga en cuenta los derechos de las partes y la esencia misma del proceso penal, representada por la norma rectora consagrada en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 debe aceptarse que ese informe, entendido como base de la atestación pericial, sirva de soporte al dictamen que rinda un experto distinto a aquel que lo elaboró.

Pero para que esta excepción pueda operar lo fundamental es que el informe o informes contengan elementos suficientes -particularmente, en el campo descriptivo, acerca de lo observado por quien examinó el objeto o fenómeno a evaluar-, que permitan al experto citado a la audiencia contar con bases sólidas a fin de explicar adecuadamente qué fue lo verificado, cuáles los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de ello se pueden extractar.

3.4. Características del testigo técnico y sus diferencias con otros testigos.

Definición. El testigo técnico es «aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso»; puesto de otra forma, que «es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales» [CSJ. SCP. 26128(11-04-07), 30214(17-09-08); 30355(15-07-09); 38160(01-10-12), AP2020-2015(45711)].

Características del testigo técnico. El testigo técnico es, de todas maneras y a pesar de su cualificación especial, un testigo, de modo que debe haber percibido de manera personal los hechos objeto de controversia u otros relacionados directa o indirectamente con aquéllos, pues sobre eso debe ocuparse su declaración [CSJ. SCP. AP2020-2015(45711)].

Diferencia con el testigo común. No obstante, el testigo experto se diferencia del común en cuanto, aunque ambos declaran sobre los hechos apre-

hendidos por los propios sentidos, el primero cuenta con cierta experticia en una determinada ciencia, técnica o arte de la que el segundo carece [CSJ. SCP. AP2020-2015(45711)].

Diferencia práctica de distinguir el testigo técnico de común. Esa distinción fáctica entre uno y otro permite dispensarles un tratamiento jurídico diferenciado, de modo que mientras al testigo común le está vedado exponer apreciaciones o impresiones personales en el curso de su deposición, al testigo experto le está permitido, siempre que aquéllas, formadas como consecuencia de sus condiciones profesionales o académicas, se relacionen con los hechos objeto del testimonio y contribuyan a mejorar su ilustración [CSJ. SCP. AP2020-2015(45711)].

Diferencia con el perito. El perito, mediante un análisis ex post de la situación de hecho investigada, a la que accede a través de documentos, exámenes físicos, valoraciones clínicas, videos, fotografías u otros – no por su conocimiento personal –, elabora un dictamen contentivo de consideraciones, valoraciones y conclusiones de índole científica o técnica, soportadas en un examen del contexto fáctico efectuado con fundamento en sus conocimientos especializados. Sin embargo, a él no le consta nada en relación con los hechos objeto de litigio, básicamente porque no los ha aprehendido por los sentidos, ni directa ni indirectamente. De otra parte y según se desprende del artículo 417 de la Ley 906 de 2004, es claro que el perito puede ser interrogado sobre aspectos de la ciencia, técnica o arte en la que es experto que no estén vinculados o relacionados de manera inmediata con el objeto de la peritación. En contraste con lo anterior, **al testigo técnico**, en tanto sólo puede atestar sobre los hechos percibidos de manera personal y dar una opinión vinculada directamente con ellos a partir de sus conocimientos especializados, no podría extender su testimonio a aspectos propios de una ciencia, técnica o arte ajenos al objeto puntual del debate. [CSJ. SCP. AP2020-2015(45711)]

3.5. Reglas relacionadas con la valoración de la prueba

Sobre esta fase de la actividad probatoria contempla el artículo 420: “Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico-científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de

los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuesta”.

Como un ejemplo de reglas de valoración fijadas por la jurisprudencia, a continuación, se hará referencia a los aspectos que deben tenerse en cuenta según la Corte Suprema de Justicia cuando se esté ante una prueba psicológica o psiquiátrica.

El dictamen del perito y su declaración no podrán versar acerca de: i) La facticidad puesta en su conocimiento por el paciente o la víctima [CSJ.SCP. SP8611-2014]; ii) La responsabilidad o no del acusado [CSJ.SCP. 27478(27-06-07), 30612(03-02-10), SP8611-2014, AP3850-2017]; iii) La imputabilidad o inimputabilidad del procesado (art. 421 del CPP). El dictamen del perito y su declaración podrán versar sobre los aspectos de su ciencia que interesa dilucidar en el juicio oral para el caso concreto tales como: i) la personalidad, condición de salud y grado de afectación con la conducta ajena del examinado [CSJ.SCP. SP8611-2014]; ii) los aspectos que permiten establecer la confiabilidad y credibilidad de quien hizo el relato [CSJ.SCP. SP8611-2014].

Las entrevistas y manifestaciones hechas por los menores a los expertos **sí son prueba de referencia**. Sin embargo, el testimonio del experto **no** lo es siempre y cuando su declaración verse sobre los aspectos reseñados y el *dictamen* sea el producto de la percepción directa que el perito tuvo acerca de lo que le transmitió la víctima [CSJ. SCP. AP5785-2015(46153), AP1071-2017(46887), AP3395-2017(47090), AP8203-2017(48060), AP6386-2017(47777)]

4. LAS REGLAS DE PRUEBA DEL DICTAMEN PERICIAL BAJO ESCRUTINO

¿Hay controles a la admisión del conocimiento experto en el proceso penal colombiano?, ¿el régimen probatorio se preocupa por minimizar el riesgo de sobrevaloración epistémica de la prueba pericial, también llamado el riesgo de deferencia al conocimiento experto? Visto las principales disposiciones normativas que regulan la producción de este medio de prueba, podría responderse de manera positiva: existen criterios particulares para calificar una ciencia de novel, que en caso de no cumplirse generarían la inadmisión de la prueba, y criterios genéricos que pueden tener un papel importante en una

discusión en concreto sobre la admisión de prueba pericial, como el numeral 2 del artículo 376 que dispone: “Probabilidad de que genere confusión en lugar de mayor claridad al asunto, o exhiba escaso valor probatorio”.

También es razonable concluir, desde una interpretación teleológica originalista, que estas reglas están fuertemente influenciadas por la experiencia estadounidense en torno al tema. Recuérdese que el CPP en general, y el régimen probatorio en particular, se basó en el sistema de enjuiciamiento de Puerto Rico, que es reflejo del derecho procesal penal estadounidense.

Pero entre el mundo de las normas y el mundo de la práctica en ocasiones se presentan distancias palpables. En la práctica judicial colombiana no es usual ver discusiones en razón a la fiabilidad de la prueba pericial que se presente, llegándose admitir pruebas que en otras realidades seguramente no lograrían llegar a juicio: análisis de microexpresiones para concluir la verdad o mentira del dicho de una persona, prueba de polígrafo, prueba de guantelete para detectar residuos de disparo, cotejo de voces, entre otros.

En conclusión, en el plano normativo se tiene reglas de admisibilidad que comparten las preocupaciones del llamado test-daubert estadounidense. Pero en la práctica estas preocupaciones no se ven reflejadas en los juicios de admisibilidad probatoria que realizan los jueces en cada caso particular. Razones de orden factual, y no normativo, como la cultura, la tradición jurídica, un sistema judicial construido sobre la base de un juez profesional en teoría capacitado para diferenciar en sede de valoración entre una auténtica prueba pericial y una prueba pericial basada en ciencia basura, entre otras circunstancias, generan esta práctica judicial.

Ahora bien, respecto del derecho de confrontación, el CPP tiene un sistema que cumple con las exigencias de este derecho. Como se vio, la producción de la prueba exige la presencia del perito en audiencia para ser sometido a interrogatorio cruzado, lo que implica la posibilidad de ejercer contra-examen con preguntas sugestivas. Sobre la regla fijada por la Corte cuando el perito no pueda comparecer a la audiencia por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito (muerte, por ejemplo), es una decisión que armoniza los derechos en pugna: el derecho a la prueba y el derecho a la confrontación.

BIBLIOGRAFÍA

DUCE, M. Derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado. En: *Revista Política Criminal*, vol. 9, n. 17, 2014, pp. 118-149.

GASCÓN ABELLÁN, M. Conocimientos expertos y deferencias del juez (Apuntes para la superación de un problema). En: *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 39 (2016), pp. 347-365.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 155.

Ramírez Carvajal, D. M. (2013). Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 171-188.

Vargas Vélez, O. (2013). Lo probable y lo demostrable. Una aproximación a la obra de Lawrence Jonathan Cohen. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 111-124.

VÁZQUEZ, C. La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. En: *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38 (2015), pp. 101-130.

VÁZQUEZ, C. La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert. En: *Revista Jueces para la democracia*, n. 86, 2016, pp. 92-112.

Santos Ibarra, J. P. (2013). Sistema jurídico colombiano, ordenamiento legal y orden jurídico prevalente. *Revista Academia & Derecho*, 4(6), 155-172.

PREVENCIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS EN ADOLESCENTES DE LA CIUDAD DE CÚCUTA

Aldo José Jaimes - Galvis¹²

Fecha de recepción: 2 de abril de 2017

Fecha de aceptación: 26 de abril 2017

Referencia: JAIMES – GALVIS, Aldo José. *Prevención Del Consumo De Drogas En Adolescentes De La Ciudad De Cúcuta*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 4. Págs. 59 a 84. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

ABSTRACT: “Prevention of Drug Use in Adolescents of the City of Cúcuta”, based on damages and addiction that they cause to consumers; it was investigated risk factors, based on theories-studies, to analyze the real situation in adolescents; propose alternative solutions on prevention or eradication established in the legislation Colombian The field methodology, cases and explanatory correlation design on interviews established the causality between hypotheses, to verify the problem. Professionals described that the problem of adolescent drugs permeates the social strata, incomprehension of parents. Young people responded consumed out of curiosity, problems family, courtship, relaxation, influence, friends, brothers, others. Those who ingest alcohol aphrodisiacs Popper, ecstasy, bazuco (93%); (cigarro or joint, tea, brownies), drugs auditory and parakeet (54.54%). Heroin (9.0%), marijuana (18.18%). Solution public policies educational programs, crop eradication.

¹² Licenciando Ciencias Sociales Universidad Pamplona, Magíster Gerencia Educativa Universidad Estado Táchira UNET, Doctorando Antropología Universidad de los Andes Mérida. aldoj.jaimesg@unilibre.edu.co, aldo_1956@hotmail.com. Orcid 0000-0002-5636778x

KEYWORDS: drug addiction, eradication, prevention, sensitization, research, legal partner, problems, diagnosis, policies -publicas, legislation.

RESUMEN: “Prevención del Consumo de Drogas en Adolescentes de la Ciudad de Cúcuta”, partiendo de prejuicios y adicción que ocasionan a los consumidores; se investigó factores de riesgo, basado en teorías- estudios, para analizar la situación real en los adolescentes; plantear alternativas de solución sobre la prevención o erradicación establecidos en la legislación colombiana. La metodología de campo, casos y diseño correlacionales explicativas sobre entrevistas establecieron la causalidad entre hipótesis, para comprobar la problemática. Profesionales describieron que problema de drogas adolescentes, permea en los estratos sociales, incomprensión de los padres. Jóvenes respondieron consumían por curiosidad, problemas familiares, noviazgo, relajamiento, influencia amigos, hermanos otros. Quienes Ingieren alcohol afrodisiacos Popper, éxtasis, bazuco (93%); (cigarro-porro o canuto, té, brownis), drogas auditivas y perico (54.54%). Heroína (9,0%), marihuana (18,18%). Solución políticas públicas, programas educativos, erradicación cultivos.

PALABRAS CLAVE: drogodependencia, erradicación, prevención, sensibilización, investigación, socio jurídico, problemática, diagnóstico, políticas -publicas, legislación.

INTRODUCCIÓN.

Actualmente en cada nación, el problema de las drogas es de suma importancia, partiendo del apócrifo que estas ocasionan enorme daño a las personas que las consumen, además generan adicción. En el estudio central en la investigación “**Prevención del Consumo de Drogas en los Adolescentes de la Ciudad de Cúcuta**”, se analizará los factores de riesgo para la prevención de las mismas. Partiendo de la disertación que las drogas es algo complejo; existen muchas teorías y estudios, por tanto, que la investigación se centró en las teorías o modelos que pueden posibilitar los factores de riesgo correlacionados al consumo de drogas de los adolescentes entre 14 a 18

años en Cúcuta. El objeto principal es identificar los elementos de peligro asociados al consumo entre los jóvenes, así plantear alternativas de solución bien sea de prevención o más exacto de erradicación fundamentados en la legislación colombiana.

Como punto de partida tenemos que el consumo de sustancias psicoactivas y sus efectos sea sustancia, natural o artificial altera el organismo, actuando sobre el sistema nervioso central por el uso permanente, frecuente e incontrolable de las sustancias, que son llevadas al cerebro por el torrente sanguíneo y luego se distribuye por el tejido cerebral alterando sus funciones sintomatología inherente en los seres humanos en concreto en los adolescentes, lo que permitió el trasfondo en la investigación. Navarrete Luis (2015), monografía suicidio y homicidio:

Establece tipos de drogas según sus efectos. “Narcóticos”. La palabra narcótico es un vocablo griego que significa “cosa capaz de adormecer y sedar”. Esta palabra se usa con frecuencia para referirse a todo tipo de drogas psicoactivas, es decir, aquellas que actúan sobre el psiquismo de los jóvenes adolescentes causando los accidentes, el suicidio y el homicidio. (p.53)

Estas sustancias cocaína, bazuco, alcohol y heroína de alta peligrosidad; otros depresores anfetaminas marihuana alucinógenos. Conllevan a dependencia física, necesidad de consumir sustancia determinada y evitar la abstinencia o dependencia psicológica por ingerir sustancias psicoactivas; constituyéndose el centro de vida de los jóvenes.

Rincón (2016 a), toxicología del Hospital Universitario Erasmo sostiene:

El Síndrome de abstinencia conjunto de síntomas físicos que se presentan cuando se suspende el consumo de tóxico, presenta sudoración, escalofrío, náuseas, vómito, temores, vértigo, locura y muerte, ante la necesidad de ingerir sustancias psicoactivas con dosis mayores con propósito de obtener el efecto inicial generando sumisión física, psicológica y tolerancia; cuadro clínico en riego simétrico en los adolescentes; sumado al fenómeno con los niños que los jíbaros los vuelven adictos, primero regalándoles la sustancia y luego vendiéndosela, afirma Rincón **activó las alarmas** en Cúcuta.

Con respecto a la publicación del total de Casos con uso de Sustancias Inyectadas; la administración de sustancias psicoactivas deduce que la inyección constituye uno de los aspectos más graves del consumo de drogas. **SIVIGILA**, reportó intoxicación con sustancias psicoactivas: 1 caso de sexo masculino de 31 años de edad heroína inyectada, del municipio de Chinácota. También, **SIVIGILA** se agenciaron 39 casos epidemiológicos, intoxicación por sustancias psicoactivas: también vía inyectada con sustancia de heroína del municipio de Cúcuta.

Ahora veamos la proyección entre el cuatrienio 2008-2001, con respecto a la proporción de Planes Municipales en materia de Reducción del Consumo por Departamento. Del 100% de los municipios del departamento cohabita un plan de reducción del consumo, con orientación **ONG MENTOR**, al 95% de los municipios. Exceptuado los municipios de Bochalema y el Tarra, no se han iniciado las actividades de salud pública relacionadas con la línea de salud mental que incluye el Plan de Prevención de Consumo de Sustancias Psicoactivas. (Fuente Instituto Departamental de Salud Norte de Santander).

Entre los objetivos del trabajo lo fundamental fue examinar el rol que los entes gubernamentales educativos y privados están desarrollando en los programas de prevención como tratamiento por los efectos neurotransmisores que afecta a los jóvenes involucrados con problemas psiquiátricos asociados al manejo conductual reflejado en las actividades físicas, emocionales, familiares, escolares y sociales; para unificar criterios sobre la problemática del consumo de drogas. Compromiso de todos los sectores sociales participantes de la ciudad de Cúcuta. Ministerio salud. España (2017):

Desde el mes de enero del 2017, jóvenes que están en peligro de exclusión social preparan una campaña que pretende concienciar a los que, como ellos, luchan contra el estigma de la drogodependencia. **“no hay nada positivo en el consumo de drogas”**

Método estratégico de la investigación judicial (REY,2006) En la gerencia, línea de acción se conceptúa:

...que para llegar a la investigación social las leyes o normas que conducen a que estos conocimientos no solamente se basan en una apreciación subjetiva, sino que por su objetividad puede ser aplicado en otras experiencias, conduciendo de esa manera a la creación de ciencia (p.7).

La importancia del trabajo **“Prevención del Consumo de Drogas en los adolescentes de la Ciudad de Cúcuta”**. Salina y Pérez (2013), Investigación Científica, aclaran:

En esta parte debe palmearse el problema indicando con detalles específicos los criterios que se tomaron en cuenta para seleccionarlos como objeto de la investigación, por ejemplo magnitud, intensidad interés social originalidad, etc. En la práctica se plantea en criterios ¿Para qué hacerlo? Esta investigación Tipo de Estudio-histórico-jurídico

Lara (2007). Lineamientos investigación jurídica tomado de Dávila... enfocada en el ámbito socio-jurídico, ius filosófico, ius política, garante a los derechos y deberes de los jóvenes víctimas del consumo de drogas, implementando políticas de drogas: prevención, participación, reducción del daño. Revisar aplicabilidad del Código Infancia y Adolescencia; Capítulo I Artículo 1°. Finalidad garantizar a niños, niñas y adolescentes pleno y armonioso desarrollo. (p. 43)

La Gestión del proyecto, grupo prospectiva desarrollo humano, son los avances socio-psico-jurídico de Cómo afecta el consumo de drogas a los adolescentes en el entorno social de Cúcuta. Para ello, se indagaron a drogodependientes y profesionales para cuestionar los niveles académicos, sociales laborales y físicos de los directos afectados adolescentes por el consumo, para establecer historia familiar, paralelismo de depresión, autoestima baja, aceptación en grupo, entre otros aspectos de la dignidad humana.

METODOLOGÍA

En la investigación socio jurídica, la metodología búsqueda y revisión bibliográfica de investigaciones científicas diferentes análisis teórico sobre prevención de drogodependencias en el marco de la educación para la salud; de campo empírica, estudio de casos y diseño correlacional explicativa; para establecer las relaciones de causalidad y comprobar los casos individuales - grupales de los jóvenes afectados; apoyados de lo teórico, mediante prueba piloto (encuesta) para analizar los resultados del trabajo de campo. Díaz (s.f), Sierra (s.f). (2010)

En lo científico, el experto social se halla en impedimento con las fuentes y algunos referentes bibliográficos; no obstante, se distaron las fuentes primarias, secundarias y terciarias para la elaboración de hipótesis.

Según Ángel (2008 a). Metodología para el estudio de fenómenos políticos jurídicos y culturales. Enfoca: Principio del formulario

“En el conocimiento sobre el entorno cultural, ya existen proporciones teóricas haciendo referencia a esquemas explicativos muy pragmáticos en relación a acciones concretas” (p.55)

1. Diseño o Tipo de la Investigación

El diseño metodológico del proyecto de investigación, Prevención del Consumo de Drogas en los Adolescentes de la Ciudad de Cúcuta; se confrontó los objetivos específicos, entendido como:

Ángel, (2008b). Metodología para el estudio de fenómenos políticos jurídicos y culturales. Principio del formulario

“el conjunto de reglas científicas idóneas para identificar y entender el vasto campo del derecho” (Pg.55)

Se analizó los resultados de la entrevista aplicada yuxtapuestos con las hipótesis, nula, alternativa y estadísticas. En esta investigación empírica; el instrumento aplicado trató de veinte encuestas de carácter profesional, y ochenta a dogo dependientes; situación explícita de la investigación sociológica empírica, inducida a profesionales idóneos y consumidores

entre 14 a 18 años; para orientar la gestión y la acción político-administrativa en medidas de protección y prevención. En el campo concreto de las drogas las encuestas fueron proporcionales al alcohol, tabaco, cocaína, marihuana hachís y fármacos otros; datos relativos a drogas ilegales. En aras de resolver un conflicto político administrativo y socio jurídico.

2. Resultados y Discusión

Recolección de Datos. Análisis instrumento 100 entrevistas: 80 drogodependientes 20 Profesionales.

3. Análisis drogodependientes

1. ¿Qué edad tienes? ¿A qué edad comenzaste a drogarte? y ¿Por qué?

De los ochenta interrogados jóvenes, entre 14 a 18 años, (22,5%) manifestaron que las causas que los indujo al vicio son: porque el tío le tocaba, curiosidad, provocación de sus “panas”, problemas; influencia de hermano mayor; separaron de los padres, por “malas juntas” los estupefacientes relaja y por las amistades.

- ✓ **Desertores Bachillerato**, (22,5%) respondieron emprender la droga entre los 12 a 18 años por problemas familiares la mayor parte del tiempo lo pasan solos los papás llegaban tarde y siempre peleaban, drogándose pueden relajarse, ser aceptados círculo de amigos, en el colegio, invitación de amigos, en fiesta de primos y amigos ofrecen trago y marihuana y les gusto, no sentirse el único que no consumía, la mayoría por curiosidad, necesidad, experimentar la única forma de pasar tiempo con papá y hermano mayor.
- ✓ **Habitantes Calle y Juventudes Expendedores Drogodependientes**. (13,75%) iniciaron a drogarse a los 14 años, desde pequeño han pasado con amigos que les daban a probar, influencia de la novia, ayuda a concentrarse. También curiosidad, todos fuman hierba y han vivido en la calle.

- ✓ **Universitarios**, de los 31 entrevistados (41,25%), iniciaron 11 a 17 años, similar a los demás convencimiento de amigos, calamidades familiares, hacer algo diferente; los padres se la pasan trabajando llegan en las noches y no se preocupan por ellos, entrevistada “lo que más me incitó a consumir fue novio que la abandonó”, medio para salir de problemas, sentirse libre y en paz, malos pasos se metió banda del indio, divorcio de los papás.

2. ¿Qué tipo de droga consumes? ¿Cómo la consigues? y ¿en dónde la encuentra?

El alcohol fácil sustancia psicoactiva, extendida entre educandos de Enseñanzas Secundarias de 14-18 años. Consumen fines de semana, “regulado” en nuestra sociedad, últimos años aumentando el consumo 70%. Ciertos estudiantes consumen los días laborables. El elevado abuso de esta sustancia por la accesibilidad, el 93,8% de adolescentes suponen muy fácil conseguir las bebidas alcohólicas combinado con cerveza, otros licores y vino; los días laborables destaca la cerveza, también se presenta farmacodependencia.

- ✓ **Estudiantes de Bachillerato**, De diez tipos de afrodisiacos los entrevistados revelaron consumir: alcohol, afrodisiacos, popper, éxtasis, bazuco (93%); popper, éxtasis y a veces bazuco (27,27%); la marihuana la consiguen con amigos o la compran a jibaros en todas las presentaciones (cigarro-porro o canuto, té, brownis), drogas auditivas y perico con amigos en las fiestas (54.54%). Cuestionado agregó “gracias a Dios solo fuma marihuana la que menos mata”; aclararon que la heroína la obtenían con “amigo” en la olla; por compañera sentimental en un bar alledaño. El perico y la marihuana en el colegio y el barrio; marihuana, bóxer, tusi y perico en las calles del barrio.
- ✓ **Desertores del Bachillerato**. (74.45%) ingieren marihuana, perico y bazuco la compran en parques y el barrio (canasta - simón bolívar); calles o vecinos, cuando tienen mucha plata coca con jibaros; aclaran que la marihuana con pelados del barrio que la traen de la frontera. Abiertamente aceptan gustar mucho en tomar y fumar

marihuana; el licor en cualquier estanco y la marihuana con los primos y conocidos, casa de un amigo que vende con conocidos del parque y barrio, en el colegio o amigos; otros manifestaron consumir marihuana, perico, popper, éxtasis, trip, hongos; aceptaron obtenerla fácil dependiendo del lugar o dinero en los parques o amiga que consume.

El (20%), adolescente reconoció absorber perico durante dos años, “la tiene acabada”. Otros admiten como problema las pastillas tranquilizantes; la droga, las pepas las obtiene por medio de persona que no revelaron; adolescente agrega ser consumidor de éxtasis con amigos en fiestas; otros consumen marihuana, alucinógenos en pastillas con amigos lugar especial; hermano facilita porros; otros declararon consumir marihuana, popper y heroína, obtienen con compañero policía sin saber su origen solo vende.

- ✓ **Habitantes de Calle.** (36,46%), revelaron consumir marihuana, perico y cigarrillo proporcionada por amigos en la cancha cerca de casa (Carora). Otros amigos le “brindan”, no saben dónde la consiguen; obtienen parques del centro, la canasta y atalaya altas horas de la noche; quienes aseguran, son invitados a consumir nunca preguntan.

El (63,54%) asumieron dilapidación porro de hierba, cigarrillo, crepe, y perico; en el barrio belén; grupo callejero responden con amigos y vendedores de distintos lugares (zulima, guaimaral - centro); con amigos que la regalan o mandan a comprar.

- ✓ **Universitarios.** El (72,54%) fuman marihuana, perico, porro de crepe, porro con un poco de heroína y marihuana, bazuco o vareta; con amigos de la universidad francisco de paula Santander o fuera adquieren con jibaros, amigos del barrio, vendedor molinos, angelitos, américas, la merced o el trigal; también alrededores del barrio zulima en todos lados; venden en el parque canasta y pinos. El (27,46%) éxtasis en fiesta, marihuana y trip, porro de marihuana, porro de regular, con amigos universitarios, o en el barrio; en cualquier parque se reúnen y compran a los amigos.
- ✓ **Otros Drogodependientes.** EL (72,63%) Aceptaron que al principio consumían éxtasis heroína y marihuana, mezclan marihuana porro brownies, tripe y coca; conseguían al salir del colegio pero ahora con amigo distribuidor del barrio en casa expende de todo.

Los viernes y miércoles compran para el consumo diario; por medio de ñero del barrio que la propaga; barrio (molinos); con amigos de la universidad o vendedor del barrio (trigal); con amigos y familiares.

El (27,37%) involucrados con coca en los laboratorios y marihuana, Popper con hongos, pastillas de éxtasis y perico, súper, creepy; como es difícil consumirla por competencia a la coca, facilita amigo barrio (ceiba). la marihuana la venden unos amigos y el éxtasis y las pastillas en fiestas con vecinos del barrio en el centro y en otros barrios.

- ✓ **Trabajadores Independientes.** El (64%) grupo entrevistados consumen bazuco, solo marihuana, pepas, éxtasis, perico isd y súper; suministra amigo colegial; otros del parche y pandilla del barrio, la traen de otros lugares y propagan, lugares estratégicos como discotecas, parques y bares.

EL (36,9%), siempre han estado en la calle posibilidad encontrar drogas con cualquier persona. Otros en la universidad, en los parques especialmente en la noche, y en los alrededores de la casa; indagado conceptúa iniciar con perico ahora bazuco, con amigos y la revenden. Algunos no saben dónde la sacan.

- ✓ **Muchachos Expendedores Drogodependientes.** El (72,54), aseguran iniciar fumando marihuana, después perico y coca, súper, bóxer, creep; fácil adquisición si se tienen contactos; en cualquier parte encuentran. La primera dosis gratis. El (27,46%) marihuana, arguyen es muy fácil conseguir; algunos aducen con cualquier moneda que piden para comer la compran.

3. ¿Te drogas por alguna situación en especial o por problemas? ¿Piensas que drogándote puedes solucionar tus problemas?

- ✓ **Estudiantes de Bachillerato.** (10%), usan las drogas por un atraco, no sabían que hacían drogados, escape a los problemas olvidan malos sucesos, ningún problema para disfrutar la vida, curiosidad y olvidar los problemas momentáneamente, primero por curiosidad pero se vol-

vió necesidad; adolescentes envidiosos consideran que siempre están juntos no problemas pero gustan drogarse; alguien por gusto, por experimentar la sensación de sentirse en otro lugar encontrarse así mismo.

- ✓ **Desertores del Bachillerato.** El (52,5%), problemas familiares los aleja por determinado tiempo pero lamentaron drogarse encuentran solución a dificultades manera de relajarse; aseguraron no tener problemas influencia de amigos colegio. Señalaron ser normales pero gustarles los estupefacientes, por pasarla bien en fiestas, rumba y gozarla. Consideran no por solucionar problemas, solo para estar bien, gusto y des-estresarse de la casa. Grupo de amigos empezaron a drogarse todos probaron y empezaron a fumar. (47,75%), por deporte alivia el estrés de no hacer nada. Los padres se ausentan y Solos con la señora del servicio es fácil. Antes por problemas cotidianos, luego necesidad, recalcan no soluciona problemas olvida un rato y relaja. Por problemas depresión formularon pastillas generando adicción. Iniciaron oliendo bóxer quita el hambre, luego popper y finalmente heroína porque las anteriores drogas no producían efecto, quita problemas mientras consume pasado el efecto se complica. Generalmente no se presentan los problemas fuman y permite relegar. Consumen por curiosidad e influencia de amigos. No tener problemas, dejó la drogodependencia y la vida mejoró.

- ✓ **Habitantes de Calle.** El (55%), ambiente tenso casa, drogarse hace olvidar los problemas para sentirse máximo con amigos. Niegan tener problemas lo hacen porque la pareja requiere para tener sexo; enfatizan ser “dogos” es súper; permanecen mayor tiempo desguarnecidos, ausencia padres. Para dormir y poder concentrarse, en general no problemas. (25%) quita ansiedad y estrés (padres divorciados) momento de la traba. Por locura en probarla, no gusto a las cosas excepto relajación, no problemas gusto que atrape. Por estrés (padre preso y madre negligente); ninguna circunstancia estar relajada. El (25%) no problemas vivir con los tíos, la pasan solos permite el consumo. No problema en especial, diversión cuando beben. Por problemas con los papás sin solución.

✓ **Universitarios.** El (38,5%) indagados señalaron les gusta, ningún problema especial (mayoría del tiempo pasan solos), problemas hogar (abandono padre), la droga no soluciona pero olvida, riñas padres divorciados, grave conflicto (padre golpea a la madre), la droga desconecta de la realidad. (14%) contradictoriamente responden ningún problema, por estrés y ansiedad, concentración lo que realizan. Aseguran (47,5) la droga no soluciona problemas, pero los hace más eficaz estudiando; ningún problema (permanecer solos cuando padres viajan y quedan con cuidandera); aplican éxtasis consiguen en fiestas; por estrés, no problema específico. Replicaron, no por problemas familiares, sino el vivir solitarios y por complicaciones cotidianas.

✓ **Asalariados Drogodependientes.** EL (62,25%) por problemas familiares entraron en la drogodependencia; padres no prestan atención fines de semana, papá embriagado golpea hermano y mamá, ver antiguo novio con su prometida porque aún ama y surge necesidad de olvidar sopla hasta drogarse. Inyectándose se transportan a un mundo de paz y tranquilidad dejando problemas. No situación especial solo sentir sensación relajamiento. Contiendas en casa; inicialmente consumía bóxer porque quitaba el hambre en casa no comida, y luego consumo de coca requisito para trabajar en los laboratorios y la marihuana fuera de estos. (37,25%) padres ausentes, fácil vivir con abuelos; drogarse los hace temerarios; los problemas no pasan, ayuda a no pensar en ellos. fuman buscando aceptación, ahora por gusto, todo vale.

✓ **Trabajadores Independientes.** El (62,5%) señalaron muy parecido; problemas familiares (padres), olvidar problemas. Iniciaron padres se separaron, no dedicaban tiempo al cuidado alejándose de ellos, implicó dedicarse a trabajar y ahora viven sin necesidad de familia. Por conocer las drogas produce gusto consumirlas. Por dos circunstancias, soledad aislamiento y problemas. Máquina de problemas aunque por unos minutos puede disgregarse del dolor y relajarse. El (37,5%) Primero por diversión “aventura”, después se algo sublime modo de sobrellevar precaria vida, no soluciona problemas pero da ánimo, constantes pugnas entre hermanos por cánones de comportamiento, exigencia con quien debería andar y sobre los estudios. La muerte de los padres hace 13 años (accidente automovilístico), incito a la droga.

- ✓ **Jóvenes Expendedores Drogodependientes.** (37,5%) Todo inicio separación de padres y descargaron su frustración conmigo, maltrato físico y mental. Contrario dicen poder solucionarlos pueden pensar mejor; por tristeza y necesidad. Satisfacción necesidad creada o artificial. Problemas desde pequeño con sus padres, frecuentes riñas hogareñas.

- 4. En el momento de estar drogado: ¿Qué problemas puedes llegar a tener?

- ✓ **Estudiantes de Bachillerato.** El (60%) asumieron temor ser atacados, no saber lo que hacían; ninguno en especial, miedo a que los papás se enteren y no paguen estudios universidad. De nuevo ningún problema; efectos de droga genera ambiente de calma entre pandillas. Entrevistados dicen sentirse “omnipotentes”, intocables, invencibles no miedo en delinquir. El (40%), señalan broncas por deudas con “amigos. Frustración en ocasiones el problema es conseguir heroína en Cúcuta escasea, pero cuando tenemos la oportunidad de comprar en cantidad lo hacemos es complicado lograr la dosis pues la droga es ilícita. Ninguno, solo relajados, al pasar el polvo miedo tener un mal viaje no saber dónde estar ni lo que hacen. Alguien testifica que al enterarse el papá lo mata a golpes.

- ✓ **Desertores Bachillerato.** El (76,25%) de los jóvenes respondieron que al principio produce tos pero al momento no presentan problemas mayores. Hincarse violentos que pueden llegar a perder la conciencia y posiblemente pasarse de dosis; necesidad de dinero muchas veces los ha arrastrado a robar; cuando las ganas arremeten no se puede evitar. Problemas casi ninguno pero a veces en estado de embriaguez y droga produce rasquiña en la garganta y mucho dolor de cabeza. Contrariedades entre amigos que buscan mujeres, complicadas relaciones con los del otro barrio, a veces toca llevar navajas por prevención; tener mal viaje o intoxicación. Depende de lo fuerte que sea la marihuana, mareo dolor de cabeza y ansiedad.

EL (23,75%) señalaron sobredosis perdida sentidos y desesperación; aparentemente ninguno, sentirse tranquilos bajo los efectos de la droga.

Consumen por ambiente sulfurado en la familia descontrol ira repentina luego entran en etapa de tranquilidad. Perder conciencia y dominio de sí mismo; olvidar los problemas en el momento de estar drogados; complicaciones graves en la salud como el VIH por una aguja infectada los dolores son tan fuertes que se combina con el consumo hasta el punto de internarse cinco veces en el hospital pero no muerte. A veces enloquecimiento andando en las motos pero hasta el momento no ha pasado a mayores. Caer dormido como roca y al despertar como energizado.

- ✓ **Habitantes Calle.** El (55,5%) generalmente ningún síntoma grave; consumen posición sentados con amigos jamás problemas; protección durante el sexo bajo efectos de droga. No tener problemas se habla de la vida; hasta el momento no dificultades; alguien manifestó mostrar control aunque la mayoría se dejan llevar por las sustancias; conflictos con pérdida total del sentido y el tiempo.

El (45,5%) afirman no tener contrariedades graves, lo único que drogados se cometen locuras que atentan contra el bienestar individual o de los demás y pueden terminar encarcelados o muertos o peligro que los atrape la policía por robo; ninguna dificultad personal lo único que la policía demose el taco; sólo que bajo efectos de la droga se producen muestras de distracción cuando es muy fuerte; correr el riesgo de dañarse el tabique y a veces asentarse conflictivos.

- ✓ **Universitarios.** (41,25%) respondieron ser descubiertos por los padres, ningún problema, que los roben; pasarse de sobre dosis; quedarse hasta tarde horas de la noche, el peligro de la calle. No tener dinero pasado el efecto en el momento que de hambre. Ningún problema porque lo hago en mi casa, considera poco importante “pasarme de dosis”; no tener conciencia en una fiesta. Tener mal viaje y ponerme violento. Llegar a perder la conciencia y no recordar lo que se hace. El (13,75%) , rechazo social; que los atropellen al transitar, tener un mal viaje con el trip por eso consumen entre amigos. Rechazo en la casa eso deprime.

- ✓ **Asalariados Drogodependientes.** (33,75%) De los indagados replicaron

que el sentir bajo efectos de la droga temor a que los descubrieran en el colegio y los expulsaran; que los lastimen drogados no acordarse de nada. Un mal viaje y abatir en depresión pues los problemas se presentan antes después de consumir; insisten que suelen estar tranquilos como si en el mundo no tuviese problemas; los exterioriza euforia y estado de poca conciencia. Con la marihuana puntualizan que nunca han tenido problemas pero con el éxtasis muchas veces, como no acordarse de lo que hacen; otros inducen no ha sucedido nada grave, gracias a Dios.

- ✓ **Trabajadores Independientes.** El (52,5%) les produce no saber hacen; desde pequeños fueron malcriados les permitían vivir en la calle siendo el daño más grande que hizo la familia, no hubo control en los horarios ello los degeneró. Por contrariedades reflejadas con actos de imprudencia ya que al consumir somos torpes principalmente los que hasta ahora empiezan el vicio. (Por el momento no sabría decir he escuchado que el éxtasis en exceso es una peste que puede llegar a matar.

El (47,5%) plantean, depende hay momentos en que los miedos se percibe que todo el mundo nos está atacando y quieren hacernos daño depende del tipo de droga. Aceptan que como novatos es de suponer que una sobredosis o fumar algo fuerte corren peligro. Simplemente nos produce depresión y siempre se termina llorando; contrario a ello insinúan ninguna molestia, los deja demasiado relajados.

- ✓ **Juventudes Expendedores Drogodependientes.** (17,5%) de los cuestionados aseguran no tener problemas, ya que fuman solos y encerrados; por otra parte consideran que el efecto de la droga los asienta violentos hasta la actitud ridícula de llamar a todas las “ex”. Otros aseguran drogarse en el encierro y así evitar atacar a alguien y meterse en líos ilegales; aceptan que de tanto inhalar bóxer les cuesta mucho respirar y les produce mucha tos y ardor en la garganta.

5. Análisis Profesionales

1. En general, ¿Con que frecuencia ocurren los problemas por el consumo de las drogas?

Profesionales entrevistados admiten que las drogas no son problema, es las personas que la consumen. Igual con el exceso de alcohol o la comida; también las drogas en exceso. La narco dependencia se refleja en los conflictos familiares, sociales y educativos con secuelas irreversibles como dejar el trabajo, la delincuencia, pedir dinero; crea pobreza e indigentes. Es duro pero hay que ser realistas frente a esta problemática poco avance, nadie hace nada; solo observar y prevenir que los hijos no caigan; evitar el consumo de drogas es casi imposible. Pero si orientar charlas para exponer los perjuicios y así colaborar en algo a la sociedad.

2. ¿Qué medidas considera usted que debe de implementar el estado colombiano para evitar el consumo de drogas en los adolescentes?

Las drogas problemática que afecta a toda la sociedad, lo importante es la salud mental, física o social o por lo contrario, aseguran las drogas es una epidemia que afecta a la sociedad entera, hay conflictos, problemática muy grave. Entre las medidas de prevención educar a las personas desde la infancia y darles a conocer las secuelas que acarrea el consumo de drogas; recalcar que las leyes hacia el consumidor son “fuertes”, siendo la sociedad víctima de estas acciones; el apoyo de la familia y seres queridos es determinante; se deben asignar actividades y estar pendientes del comportamiento de las víctimas jóvenes, ayudar calmar su ansiedad y llevarlos a expertos y psicólogos. El problema de la delincuencia a temprana edad, robar para comprarla, también la deserción estudiantil, pandillas delincuenciales es crítico. En materia de justicia la policía de infancia y adolescencia, ICBF no son eficaces, no se ven resultados y si los hay deberían socializarlos con la comunidad.

3. ¿Conoce la legislación colombiana con respecto a dosis personal, prevención del consumo, combatir el narcotráfico, violación a jóvenes-niñas o niños-, delitos de lesa humanidad bajo los efectos de las drogas u otros?

Respondieron que prima un desconocimiento casi total de la ciudadanía colombiana sobre las leyes, solo se sabe lo aprobado en la dosis personal; pero no hay el suficiente rigor en la ley para parar con esta problemática. Advierten que es tema jurídico importante en las escuelas, igual que los embarazos no deseados; agregan que se debe tener mucho cuidado con los jóvenes de hoy ya que cuando tiene problemas y no encuentra con quien hablar ni saben que hacer sin que los escuchen y orienten; trata pues de evitar que caigan en problemas judiciales; hay una ley penal que restringe y sanciona el porte de estas Sustancias Psicoactivas, pero es tema que no se ha trabajado

tendría que estudiarse más el tema sobre las sanciones que se conocen de penas por el expendio de drogas o tráfico de estupefacientes. Ciertamente es que actualmente se presentan los problemas de drogas por falta de educación, como los jóvenes son tan espontáneos ven fácil a la hora de consumir sin saber qué consecuencias traerá eso su cuerpo. Por lo mismo se ha dicho que los jóvenes son muy fáciles de manipular y de llevar a ese camino; si ellos conocieran las consecuencias de salud física y mental y muy principalmente los problemas legales que acarrearán el consumo de drogas evitarían hacerlo sabiendo que esto los hace más vulnerables y más problemáticos con efectos de rabia euforia, repercutiendo en las familias.

4. ¿Según su criterio el problema de las drogas es un factor social familiar político o propio del narcotráfico?

(Abogado). Evidentemente que es una problemática producto del narcotráfico y de la corrupción de los diferentes gobiernos que ha tenido Colombia evidenciándose en el último siglo, además de las deficiencias del sistema educativo así como de la familia como “escuela de valores”. Todos los días se presentan casos de esta índole, delitos, gente iniciándose y un número desconocido de multitud que se droga y nadie lo sabe ni hace nada; es necesario reforzar el sistema de educación básica, ya que si no hay buena formación en las “familias”, la educación debe ser una formación a enderezar el camino de los jóvenes, los concientice y transija a futuro hombres y mujeres críticos de lo que hacen; caso concreto un joven en situación de drogodependencia se vio su deterioro físico y mental hasta el punto en el que se suicidó.

Agrega el conferenciado, que el rol de los centros religiosos y su influencia a la gente con escenarios imaginarios e ilusorios, pero nunca tratan la gravedad a fondo. Las medidas que estos clérigos inspiran son muy flexibles permisivas; con respecto a la política Colombiana lamentablemente desconocen los métodos para tratar esta “enfermedad” en los jóvenes drogodependientes cuyo problema es interno, conmoción mental y deterioro que destruye a la familia.

3.1. Prueba de Hipótesis de Investigación: hipótesis de trabajo alternas expuestas por el investigador resultado del marco teórico y empírico, se establecieron las variables independiente, dependiente e intervi-

niente para su posible comprobación. Estas son: Descriptivas- Correlacionales- Causalidad

3.2. Hipótesis Descriptivas se formuló suposición con respecto a fenómenos o hechos analizados en las entrevistas sobre prevención del consumo de drogas en los adolescentes. Hipótesis 1: El consumo de drogas de los jóvenes entre 14 a 18 años es por el descuido de los padres de familia, autoridades y sociedad en general.

Variable independiente 1: El consumo de drogas de los jóvenes entre 14 a 18
Variable dependiente 2: Descuido padres de familia, autoridades y sociedad en general

Variable interviniente 3: Calles de Cúcuta.

3.3. Hipótesis Correlacionales: Se correlacionó la asociación entre dos variables y cómo interactúan se planteó pero no a manera casuística. Hipótesis 2. A mayor consumo de drogas en los niños en Cúcuta menores índices de niños en desarrollo sicomotriz.

Variable independiente 1 Mayor consumo de drogas en los niños

Variable dependiente 2 menores índices de protección

Variable interviniente 3: Cúcuta.

3.4. Hipótesis Causalidad: Este tipo de hipótesis se formuló en estudios experimentales con dos o tres variables, relacionando causa y efecto. Hipótesis 3: La situación socio familiar de los adolescentes consumidores de drogas es precaria por la carencia de una política preventiva educativa en la ciudad de Cúcuta

Variable independiente 1: Mejorar la situación laboral de los artistas callejeros

Variable dependiente 2. Generar políticas y programas educativos de prevención al consumo de drogas en los adolescentes.

Variable interviniente 3: Cúcuta.

3.5. Hipótesis Nula: Trató sobre la directa comprobación, cuyo resultado se acepta o se rechaza según la prueba realizada, además de contribuir a determinar las diferencias entre los grupos sometidos a prueba y si dichas diferencias son significativas. Se utilizó en la investigación objeto de estudio prevención del consumo tomando las características de dos o más grupos para establecer que no existen diferencias significativas entre los grupos.

3.6. Hipótesis 4: El consumo de drogas en los adolescentes depende del estrato social, debido al nivel socioeconómico o estrato que pertenecen.

Variable independiente 1: El consumo de drogas en los adolescentes depende del estrato social

Variable dependiente 2. Menor nivel socioeconómico o estrato

Variable interviniente 3: Cúcuta.

3.7. Hipótesis Alternativas: son hipótesis que incluyen variables independientes diferentes de las que aparecen en la hipótesis del trabajo. De ahí que se plantearon respuestas alternativas al problema de investigación, que tomen en cuenta otras variables y condicionamientos que también deberían estar sujetos a una comprobación. Ello se dio a cuando existen otras posibles explicaciones del fenómeno adicionales a las propuestas en las hipótesis de la investigación principalmente cuando se rechaza la hipótesis.

3.8. Hipótesis alternativas: esta hipótesis partió de conjeturas o suposiciones de explicaciones diferentes a las que fueron planteadas por las hipótesis nulas y las de investigación. Se aplicó cuando la de investigación ha sido rechazada y la nula no es aceptada.

Hipótesis H5: La falta de personal especializado en tratamiento prevención de drogas originará mayor consumo de drogas en los adolescentes en Cúcuta.



La falta de personal especializado en tratamiento y prevención de drogas originará 50% de consumo en los jóvenes en Cúcuta.

La falta de personal especializado tratamiento y prevención de drogas originará incremento del 40% de delincuencia juvenil en Cúcuta.

Hipótesis estadísticas H6: estas hipótesis son las nulas, alternativas o de investigación que representó a los porcentuales estadísticos, como datos a estudiar que son mensurables.

Comprobación de las hipótesis de investigación, verificación lógica, aprobadas por tratarse de un estudio de campo empírico sobre prevención del consumo de drogas en adolescentes entre 14 y 18 años; en que las encuestas arrojaron que el consumo de drogas verdaderamente se presenta el descuido de los padres de familia, autoridades y sociedad en general; ante la ausencia de programas efectivos claros y eficaz que contribuyan a la formación de estos jóvenes en que muchos de los afectados se hallan aislados o desprotegidos de la sociedad; bien es cierto que a mayor consumo de drogas en los menores les impide su desarrollo sicomotriz; más evidente la situación socio familiar de los adolescentes consumidores que es precaria por la carencia de una política preventiva educativa en la ciudad de Cúcuta.

La verificación de la hipótesis nula alternativa y estadística, prueba técnica, diseño univariado aleatorio; se aplicó entre grupos de los estratos sociales de la ciudad de Cúcuta; dilucidó que el factor de análisis se dio en diferentes niveles socioeconómicos y cultural de las personas consumidoras. El investigador confirmó que realmente el consumo de drogas en los adolescentes depende del estrato social, debido al nivel socioeconómico o estrato que pertenecen. Dada la prevalencia de consumo entre alcohol, sustancias psicoactivas entre estudiantes, desertores del bachillerato, trabajadores informales, expendedores, habitantes de calle. También existen diferencias sobre las bebidas que se ingieren, así los fines de semana se consumen principalmente combinados/ cubatas, cerveza, licores y vino; los días laborables destaca la cerveza, posteriormente los combinados, el cual depende de los ingresos para así adquirir la dosis. Frente a esta problemática en notorio la falta de personal especializado en tratamientos de prevención de drogas lo que originará mayor consumo de drogas en los adolescentes incrementando en un 40% la delincuencia en Cúcuta.

CONCLUSIONES

1. El estudio sociológico y jurídico, permitió esbozar una ilustración teórica sobre del uso de drogas en los adolescentes entre 14 a 18 años, dado a la disfuncional sociedad Cucuteña; concibiendo que teoría no sólo como argumento lógico explicativo, sino al marco de referencia que aportaron los profesionales especializados en drogodependencias correlacionados con los resultados de las entrevistas aplicadas a los jóvenes narcodependientes por medio del método cualitativo. Se verificó que el consumo se disparó al ciento por ciento en jóvenes en edades 14 y 17 años. Confirma Rincón (2016 b), “por lo que se hace urgente que las autoridades y los mismos papás tomen conciencia del enorme daño que se están haciendo nuestros jóvenes”.

2. En el diseño de la investigación se integró tres planos empíricos: los resultados de las investigaciones (singularmente las entrevistas), verificación y cotejo de los cuatro tipos de hipótesis que determinó estructuralmente los factores establecidos en las variables resultado del consumismo y el análisis de las conclusiones y recomendaciones facilitó un estudio triangular a manera de prueba piloto y casuística sobre los resultados socio jurídicos.

El estudio triangular condescendió reflexionar las teorías, para despejar las hipótesis; marco teórico que fundamentó el fenómeno psico-social de la drogadicción en los jóvenes de Cúcuta. Gran parte de las teorías sociológicas generales y la legislación colombiana sobre la drogodependencia fueron examinadas dando soporte investigativo al problema permitiendo el trabajo técnico (encuestas), especializado y medurado combinando la objetividad con el conocimiento.

3. Los aportes de los ámbitos judiciales, y textos clásicos de sociología aclararon los resultados de la investigación empírica, para describir los aspectos relacionados con el fenómeno actual del uso de drogas de los jóvenes en Cúcuta. Obviamente que se presenta incongruencia con la realidad social y sociocultural. Ante la ausencia Programas para fortalecer factores protectores para mitigar y prevenir el consumo de tabaco y alcohol en estudiantes de educación media, el cual incluyen entrenamiento en habilidades sociales.

Programa para fortalecer factores protectores que limitan el consumo de tabaco y alcohol en estudiantes de educación media. Derechos Reservados (Esparza y Pillon, 2015).

La investigación proyectó que esta problemática no es exclusivamente de los sectores bajos de la sociedad cucuteña, sino que compromete a todos estratos; fue insoslayable relacionar las “teorías sobre la conducta desviada”, que mora en la contradicción que parece darse en los estratos sociales; de tal manera que si los estratos altos “ignoran lo que pasa” los niveles bajos “prefieren no saber porque pasa”. Sobre el tema nadie parece definirse claramente; la Sociología Clásica, desde Weber hasta Merton, generó un marco teórico que acabó por integrar en forma crítica, en el interior del propio objeto que pretendía explorar la sociedad, caso concreto la investigación interna sobre la drogodependencia en los adolescentes dada la invasión sociológica de la vida social de los sujetos en estudio, absoluta necesidad de desprenderse del caparazón teórico clásico integrado y quebrantado en las distintas ideologías sociales, para así comprender desde nuestra óptica los términos empíricos y teóricos.

4. El estudio determinó a escala macro y micro social, una realidad convencional no posible avanzar a la solución del mismo, ósea cierta síntesis entre planos discordantes en que el uso de drogas no se puede explicar sin una perspectiva diacrónica que relacione los inevitables desacoples que se van produciendo entre los niveles de desarrollo económico, la estructura de la estratificación social y las pautas culturales dominantes, para mostrar la problemática colombiana, con verdaderas soluciones políticas públicas, programas educativos sobre la erradicación de cultivos.

BIBLIOGRAFÍA

Andrés de Francisco. (1995). Sociología y Cambio Social, Ed. Ariel S.A. Barcelona.

Ángel Álvarez, Jaime Alberto. (2008). Modelo práctico para la investiga-

ción social. ISBN 858-98754.2.1. Ediciones Universidad libre Bogotá, Pg. 26.

Arias Fonseca, J. L. (2014). Responsabilidad y culpa médica: antecedentes y conceptos. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 173-192.

Austreberta Nazar-Beutel Spacher, M.C., M. EN C. Otros, (2008). Salud Pública México.

Castro Sariñana ME, Maya MA, Aguilar MA. (1982). Consumo de sustancias tóxicas y tabaco población estudiantil de 14 a 18 años. *Salud Pública Mex.*

Castro Sariñana ME, Rojas GM, De la Serna JJ. (1988). Estudio epidemiológico sobre uso de droga y problemas asociados entre la población estudiantil que asiste a los Colegios de Bachilleres. *Salud Mental*.

Constitución Política Colombiana. 1991.

De la Garza F, Mendiola IR, Rábago GS. (1980). Perfil del inhalador. Estudio epidemiológico del uso de inhalantes en una población marginal. *Salud Mental*; 3 (4):2-12.

Decreto 578 de (2007). ... Ley 1098 de noviembre 8 de 2006, Diario Oficial No 46.446 Bogotá, D. C.

Díaz (s.f), Sierra (s.f). (2010) Dirección General de Epidemiología y del Instituto Mexicano de Psiquiatría.

Esparza Almanza, Santiago Enriqueta y Pillon, Sandra Cristina (2004). Programa para fortalecer factores protectores que limitan el consumo de tabaco y alcohol en estudiantes de educación media.

García Gaudilla, Carmen. Producción y Transferencia de Paradigmas Teóricos en la Investigación Socioeducativa. Fondo Editorial. Tropykos. Caracas.

Gutiérrez Cardoso, P., Álvarez Isaza, B., Corredor Corredor, M. C., & Martínez Sánchez, C. (2016). Impacto familiar por la variabilidad laboral.

Dos derechos constitucionales: trabajo y familia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), 185-214.

Haney, Lynne. (2000). Teoría Feminista Estado: Aplicaciones Jurisprudencia, Criminología, Estado de Bienestar. Annu. Rev. Sociología.

Hernández Sampieri, Roberto y Otros. (1991) Metodología de la Investigación. [http://www.monografias.com/trabajos 53](http://www.monografias.com/trabajos/53). (2017). Suicidio y Homicidio. Shtml. <https://youtu.be/c-k0PONThIU>.

Instituto Departamental de Salud Norte de Santander
Jessor, Van Den Vos, et al 1995; Husson, (1997); Hawkins y Catalano, (1992); Pérez y Megía, (1998).

La percepción social de los problemas de drogas en “Jóvenes y Drogas” (2000). Unidad Didáctica para la Prevención.

Lara Sánchez Leoncio, (2007). Op. cit. p. 43. 30 Ídem. p. 43. Este punto tomado de Dávila, Johnny Antonio, Lineamientos para una investigación jurídica, www.ventanalegal.com/ estudiantado página web consultada en marzo.

Ley 1098 de 2006 33/118 4.

Ley General de Sanidad 14/1986. McGraw-Hill.

Madrid: (2000). Plan Nacional sobre Drogas.

Medina Mora M, Ortiz CA, Caudillo C, López S. (1987). Inhalación deliberada de disolventes en un grupo de menores mexicanos. Salud Mental.

Medina Mora M. (1987). Aspectos epidemiológicos del uso de sustancias inhalables en la República Mexicana. Salud Mental.

Méndez E, Carlos A.(2005). Introducción a la Investigación Cualitativa.

Ministerio salud. España (2017): Modificada por la Ley 1288 de 2009. Ley 1098 de 2006 2/118

Navarrete Luis (2015), monografía suicidio y homicidio shtml.

Plumed, M. Factores de Riesgo y de Protección frente al Consumo de Drogas: CAPV (Universidad de Deusto). Trabajo de campo.

Restrepo, Gabriel. Otros. (1998). Cultura Política y Modernidad. Universidad Nacional de Colombia.

Revista Anual de Psicología. (2001). Universidad de Oviedo, Granada ISSN 0214, Copyright ©

Revista Latino-Americana de Enfermagem, (2015). Universidad Autónoma de Nuevo León Derechos Reservados. 12. pp. 324-332.

Revista, Periódicos Red de Solidaridad República de Colombia, Acnur, Derechos Humanos Otros.

Rey Vega, Carlos. (2006). El método estratégico de la investigación judicial. ISBN 958-690-893-3. Editorial Leyer. Pág.7.

3Principio del formulario

Reyes Calderón, J. R. (2014). Pedagogía kantiana: antropología, conocimiento y moralidad. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 209-248.

Rincón Gabriel (2016 a), jefe de toxicología del Hospital Universitario Erasmo Meoz. Opinión@ laopinioncucuta. Medio de Comunicación de los nortes santandereanos.

Rincón Angarita, D. (2015). Presupuestos del régimen de responsabilidad frente a los derechos de las víctimas de los delitos cometidos por menores combatientes en el marco del conflicto armado colombiano y la justicia restaurativa. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 297-332.

Ríos Castilla, Jesús Hemel. (1996). Elementos de Lógica Epistemología e Investigación. Código Edith Ltda. 63-84 P.

Ritzer, George. (2001). Teoría Sociológica Clásica. 3 Ed. Mc-Graw-Hill

Romani, Oriol. (2008). Dr. Antropología Cultural, Universidad de Barcelona. oriol.romani@urv.cat_sept. /dic.

Sabino, Carlos A. (1979) El Proceso De La Investigación. Buenos Aires:

El Cid.

Salazar Sarmiento, Eunice. (2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. Editorial Leyer.

Salina y Pérez (2013) Investigación Científica Universidad de los Andes Mérida Venezuela psañlina@ula.ve, pg. 27.

Sartori, Giovanni. (2012). La Sociedad Multiétnica. Tercera Edición McGraw-Hill.

Shiva, Vandhana (2007). Video Conferencia en el Marco del V Congreso Mundial de Juventudes Científicas, Santo, 25-29 de septiembre.

Simposio Internacional sobre Alcoholismo e Farmacodependencia; 1982 oct 27; Sao Paulo, Brasil.

Teresa Laespada, Ioseba Iraurgi y Elisabete Aróstegi IDD, Julio de 2004. Factores de Riesgo y Protección frente al Consumo de Drogas en la CAPV. www.ventanalegal.com/estudiantado página web consultada en marzo 2007.

LA SOCIEDAD DE LAS SOMBRAS

José Fernando Saldarriaga Montoya¹³

Nicolás Londoño Osorio¹⁴

Fecha de recepción: 4 abril de 2017

Fecha de aceptación: 28 de abril de 2017

Referencia: SALDARRIAGA MONTOYA, José Fernando. LONDOÑO OSORIO, Nicolás. *La Sociedad De Las Sombras*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 4. Págs. 85 a 97. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

ABSTRACT: To talk about cinema in the context of rights is to think that, within the scope Right from the right, the human being mainstreams all the branches that make it up, where its problems and objects of studies from the silhouettes and the faces of the human being begin to “be reborn”, being bombarded by those stories that, from the moving images, lead to Make a cartography of your own history. So, from the group of studies Thinking Latin American culture and politics have been staged within the context of the specialization in Environmental Mining Law of the Universidad Autónoma Latinoamericana, a dialogue between cinema, law and mining, as an object of study. For what is intended review and evidence The Shadow Society as

13 Doctor en Filosofía, Universidad Pontificia Bolivariana UPB [Medellín] Magister en Estudios Políticos, Universidad Pontificia Bolivariana UPB [Medellín] Especialista en análisis del Estado, Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA, [Medellín] Sociólogo Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA [Medellín]. Miembro de *Ratio Juris* Grupo de Estudios Pensamiento, Cultura y Política en América Latina, Facultad de Derecho Universidad Autónoma Latinoamericana.

14 Candidato a Magister en Investigación, Universidad de Alicante [España] Especialista en Cultura política: Pedagogía de los Derechos Humanos Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA [Medellín] Licenciado en Ciencias Sociales Universidad de Antioquia UdeA [Medellín]. Miembro del Grupo de Estudios Pensamiento, Cultura y Política en América Latina, Facultad de Derecho Universidad Autónoma Latinoamericana. UNAULA [Medellín] email loncoffee@gmail.com.

a research advance, as a proposal of deregulation of the vision of human rights in the framework of mining. All of it framed from a model of aesthetic analysis in terms of the meaning acquired by the rights of the subjects each time their faces and silhouettes worn by the machinery of power in mining, to the emergence of new unconventional approaches to narrate the history and the experiences that circumscribe the subjects that inhabit the tunnel.

KEYWORDS: Cinema, Shadows, mining, faces, silhouettes, power machinery.



RESUMEN: Hablar de cine en el contexto de los derechos es pensar que, dentro del ámbito mismo del derecho, el ser humano transversaliza todos los ramos que lo conforman, dónde sus problemas y objetos de estudios desde las siluetas y los rostros del ser humano empiezan a “re-nacer”, siendo bombardeados por esos relatos que, desde las imágenes en movimiento, llevan a realizar una cartografía de su propia historia. Así que, desde el grupo de estudios Pensamiento cultura y política latinoamericana se han puesto en escena dentro del contexto de la especialización en Derecho minero ambiental de la universidad Autónoma Latinoamericana, un dialogo entre el cine, el derecho y la minería, como objeto de estudio. Por lo que se pretende revisar y evidenciar *La Sociedad de Las Sombras* como avance de investigación, como propuesta de desregulación de la visión de los derechos humanos en el marco de la minería. Todo ello enmarcado a partir de modelo de análisis estético en cuanto al significado que adquieren los derechos de los sujetos cada vez que se arraigan sus rostros y siluetas desgastadas por la maquinaria del poder en la minería, a la aparición de nuevos enfoques no convencionales de narrar la historia y las vivencias que circunscriben a los sujetos que habitan el socavón.

PALABRAS CLAVE: Cine, Sombras, minería, rostros, siluetas, Maquinaria del poder.

INTRODUCCIÓN

El poder nunca es *puro* ni está desnudo. Más bien es *elocuente*
(Byung – Chul Han. *Sobre el poder*. P 71)

Dentro del desarrollo de nuestra investigación *El cine-minero*, es considerado, sin lugar a dudas, como un capítulo más de todo el trabajo cinematográfico en América Latina. Las nuevas tecnologías, la recuperación de su patrimonio fílmico e incluso los textos fílmicos más modernos, ascienden mediante sus temáticas como elementos que denuncian la agudeza ideológica de los mercados del capitalismo globalizante de las potencias, como es el caso de Estados Unidos y sus aliados multinacionales. Lo que representa en esta narrativa cinematográfica; la explotación laboral, el maltrato social, la permanente violación de los derechos humanos, la desaparición de culturas ancestrales, el deterioro del medio ambiente, y sobre todo el silencio cómplice de los gobernantes, permitiéndonos abordar con criticismo de denuncia, desde la misma configuración de su estética política, la historia de los olvidados y resaltar aquel adagio “la voz de los que no tiene voz” cuyo contraste es el poder invisible de la positividad a la que alude Chul Han (2014) donde; “la sociedad del rendimiento está dominada en su totalidad por el verbo modal poder”

El cine nos permite visibilizar *al otro* en oposición a los poderes subterráneos de la eficacia y al mal denominado progreso mediante un ejercicio desde una función social, según Paranaguá (2003) el cine tiene como función, no la de escamotear al pueblo, sino denunciar, enjuiciar, criticar y desmontar la realidad que documenta:

Un cine que le dé conciencia, toma de conciencia; que los esclarezca; que fortalezca la conciencia revolucionaria de aquellos que ya la tengan; que los fervorice, que inquiete, preocupe, asuste, debilite a los que tienen «mala conciencia», conciencia reaccionaria

De este modo nos preguntamos: ¿Derecho minero?, ¿Para quién? E incluso agregamos ¿Derechos humanos? O ¿Derechos de la humanidad?

1. La Historia: Fotograma Sin Fin

Basta con sólo mencionar unos de los países de América Latina; Bolivia, que en sus altos páramos andinos, *El Potosí*, villa imperial, tiempos en que el palacio de los reyes de España se sostenía con ese precioso metal traído de las américas, *la plata*. En Potosí, encontramos también Cerro Rico y en esta formación montañosa, el Sumaj Orcko (Galeano, 1971) la mayor mina de plata de nuestro continente

En los primeros años de la colonia española y durante muchísimos más, Potosí fue la ciudad más grande de América, cuando ni siquiera se oía hablar de Nueva York. Podríamos afirmar que tenía más población que las más importantes ciudades de Europa: Roma, París, Sevilla. La fabulosa mina fue descubierta apenas 50 años después de llegar Colón a América. (Galeano, 1971). Y desde ese momento, se volcó sobre Potosí una avalancha de buscadores de tesoros, caballeros, soldados y frailes. En pocos años se hacían ricos y levantaban con la plata, templos, palacios, monasterios y porque no decirlo, hasta burdeles. Hasta las herraduras de los caballos eran de plata en la época de auge del potosí.

Potosí llegó a convertirse en la bocamina de América, tanto así que en los primeros 150 años de la colonia española llegaron a Sevilla 35 millones de libras de plata fina (López y López 1995). Una cantidad muy difícil de imaginar, podríamos pensarlo hoy, suponiendo tan solo el volumen de aquel metal. Se decía, entonces, que con ella se podría haber construido un puente de pura plata desde la cumbre del Cerro Rico hasta la misma puerta del palacio de los reyes españoles, al otro lado del mar inmenso. Galeano (1971).

Después de más de dos siglos de explotación, cuando la plata se acabó, Potosí cayó en el vacío, en el silencio de la historia. La ciudad más rica de América se hundió en la mayor miseria. Lo mismo, según Galeano (1971) pasó en Zacatecas y Guanajuato, en México, y más tarde, en Ouro Preto, en Brasil. En las grandes ciudades mineras de América, en las que hicieron rica a Europa, hoy sólo quedan vivos los fantasmas de la riqueza muerta, y los silencios que gritan y claman que esa misma miseria es la que pasa por la humanidad de quienes están la mayor parte de la luz del día en la oscuridad del socavón, extrayendo con el brillo de su pudor y su coraje, la opacidad y el valor de un metal.

Bolivia es el país que aún conserva de la América del Sur, las más antiguas tradiciones milenarias de todo el mundo. Pero igual víctima del

viejo colonialismo español y el desadvertimiento de su clase dirigente. Potosí es tal vez la ciudad que más ha dado al mundo y la que menos tiene. El Cerro Rico, a cinco mil metros de altura. En sus túneles, según algunas investigaciones, ocho millones de indios fueron sacrificados para enriquecer a Europa. Todo un exterminio que quedara para la historia. El cine no ha guardado su silencio y ha visibilizado en muchos momentos de historia fílmica, la representación de los socavones de la montaña. La idea categórica de Foucault sobre la discontinuidad es efectiva para los análisis, no solo de los documentos, sino también para el cine, como tiempo detenido en el pasado. Porque de alguna manera, siendo cine o archivo, es pasado por la ficción, de ahí descubrir sus enunciados. Agrega: “Una vez suspendidas esas formas inmediatas de continuidad se encuentra, en efecto, liberado todo un dominio, Un dominio inmenso, pero que se puede definir: está constituido por el conjunto de todos los enunciados efectivos (hayan sido hablados y escritos)” (Foucault, 1970, p.43).

2. El cine; Narrador de historias pasadas, presentes y futuras

Dentro del análisis estético realizado en la investigación *acontecimiento y visibilización; hacia un análisis cinematográfico de los derechos y la minería* entran a formar parte del modelo de análisis una serie de filmes latinoamericanos cuyo tema central se desarrolla en torno a la vida de los socavones y las marcas que deja el abuso de los patrones sobre los mineros, así como en los ejercicios de subversión al poder, en los que la resistencia constituye un derecho único, el derecho a oponerse a la represión. Es este uno de los pilares que desarrolla uno de los acápites (*El Cine Minero: La Secuencia de La Historia*) de la investigación raíz de esta ponencia, en la que se realiza un análisis de algunos textos fílmicos que abordan la problemática de la minería en América Latina, para el desarrollo temático de este texto fueron seleccionadas los siguientes filmes: *Coraje de un pueblo*. (1971) Jorge Sanjines. [Bolivia], *Un lugar en el mundo* (1992). Adolfo Aristarain. [Argentina], *Subterra*. (2003) Marcelo Ferrari [Chile], *También la lluvia*. (2010) Iliciar Bollain [Bolivia- España] y *El minero del diablo* (2005) Kief Davidson, Richard Ladkani [Bolivia Estados Unidos] narratorias de historias que llevan a imágenes una evidente problemática política mediada entre la supervivencia y los derechos cuyo contexto es el agotamiento y el desgaste de la existencia humana de los personajes bajo las sombras de una mina.

3. Coraje de un pueblo. (1971) Jorge Sanjines. [Bolivia].

Este cuerpo de imágenes hechas historia, narra desde la desnaturalización de los hechos cotidianos la masacre de la noche de San Juan durante el gobierno de Barrientos. Los personajes relatan sus vivencias, relacionadas con ese trágico acontecimiento, llevado a cabo por la fuerza represora del dictador, bajo el pretexto de sofocar un movimiento sindical subversivo relacionado a la guerrilla comandada por el “Che” Guevara, en Bolivia. Getino y Solanas (1969) denominan este filme como cine del pueblo para el pueblo, con caracterizaciones etnográficas aborda un cine militante e histórico en país como casi todo el hemisferio latinoamericano su conflicto está basado en la historia de explotación minera y las injusticias de su gobernantes. Es una historia que podríamos determinar una de la representaciones culturales de la violación de los derechos humanos y la existencia humana como lo plantean Getino y Solanas.

La existencia humana y el devenir histórico quedan encerrados en los marcos de un cuadro, en el escenario de un teatro, entre las tapas de un libro, en los estrechos márgenes de una pantalla de proyección. El hombre solo es admitido como objeto, consumidor y pasivo; antes que serle reconocida su capacidad para construir la historia, solo se le admite leerla, contemplarla, escucharla, padecerla. A partir de aquí, la filosofía del imperialismo (el hombre: objeto deglutidor) se conjuga maravillosamente con la obtención de plusvalía (el cine: objeto de venta y de consumo). Es decir: el hombre para el cine y no el cine para el hombre.

Este filme latinoamericano evidencia en su desarrollo en medio de dos fuerzas agitadas que se condensan y explotan en el momento en que el primer proyectil del ejército penetra el cuerpo de la protesta. Rostros y siluetas buscan refugio en los médanos desnudos de los alrededores mientras las órdenes de un alto al fuego dejan al descubierto cañones humeantes y ríos escarlatas por donde se derrama la dignidad de cientos de mineros.

La historia contada en este filme repite una y otra vez acontecimientos que reposan en la mente de quienes viven en la sombra de la mina: Masacre de Potosí, masacre de la mina siglo XX, masacre de la mina *Sora Sora*, masacre de Llallagua, en los años 50 y 60, aquí esa continuidad histórica hecha cine, se trasfigura en una breve lección de la historia de la violencia

en Bolivia, y más que la historia de la violencia es la historia de la violación de los derechos humanos o el desconocimiento de la dignidad humana de aquellos que mueven el progreso de unos pocos, la falta de alimentos en los centros de abastecimiento de la mina y los altos precios que impedían el acceso a esta necesidad “comprar alimentos” el filme evidencia un testimonio acerca de las medidas inhumanas que pasaban los mineros, medidas instauradas desde el momento en que el General René Barrientos asumió el poder en 1964.

Este texto filmico pronuncia un nombre que significará a lo largo de sus fotogramas una persecución por el miedo que produce el “*Che*”, según lo mencionan Getino y Solanas (1969) este revolucionario Latinoamericano aparece sin aparecer, significando una suerte de fantasma que al ser conjurado provoca lo peor y lo mejor de los hombres que lo invocan. El Che aparece como una expresión estimulante contra el miedo, la violencia y la necesidad de un pueblo que busca emanciparse que en el contexto de los de dictadura de Barrientos.

La pared blanca oscura transmite una, la noche más fría de ese año, es 24 de junio, mientras los mineros enrostran su humanidad con música, su familia y algunas botellas, empiezan a surgir lentamente algunas siluetas entre las prominencias del suelo que van adentrándose como un virus en la oscuridad del cuerpo oscuro del sector residencial de la mina Siglo XX. Estas siluetas pertenecen a los miembros de una cuadrilla de soldados que buscan atacar Siglo XX, con el fin de acabar cualquier posibilidad de una alianza con el Che. La mina es atacada indiscriminadamente. Como si la humillación y el desmembramiento de la dignidad humana de aquellos guerreros de la oscuridad, no bastara los protagonistas de esta historia, como en un noticiero, se informan a sí mismos de la estrategia del gobierno central de repartir a los hijos y los bebés de los masacrados (“genocidio”) a lo largo del país para que la memoria de aquel evento no se transfiriera generacionalmente. Un genocidio no solo en lo objetivo de la humanidad de estos mineros, sino también en lo subjetivo de su conciencia histórica. Sin embargo, la memoria subsiste. La misma voz procede a recordarnos que muchos han desaparecido pero el pueblo posee una fuerza inigualable, una voluntad inquebrantable, un coraje natural, el coraje de un pueblo.

4. Un lugar en el mundo (1992). Adolfo Aristarain. Argentina

Es una de las películas más emblemáticas de principios de los años noventa pos- dictadura. El tema, no es propiamente de la minería, pero sin duda es un paradigma cinematográfico en el marco de como las empresas multinacionales de la hidroeléctricas empiezan a invadir con tácticas de sobornos y amenazas todo un sistema social y económico campesino cuyo base era la industria artesanal de la lana. Una estrategia expansionista muy propia del capitalismo de principios del S .XX en casi toda América Latina. El uso de la tierra, las costumbres, las relaciones sociales se perturban en el contexto de las ambiciones humanas. El filme cuenta como Ernesto llega a San Luis, un pueblo valle de Argentina. Allí narra cómo su infancia está cargada de circunstancias que recuerda todo un cambio para su vida. La llegada de un geólogo español, contratado por el cacique local para buscar petróleo, representa una amenaza para la forma de vida de los campesinos. Es una historia, de sobornos, engaños.

Un remake del film clásico “*Que verde era mi valle*” (1941) de Jhon Ford. “*Un lugar en el mundo* (1992). Adolfo Aristarain. Argentina es una de las películas más emblemáticas de principios de los años noventa pos- dictadura. El tema, no es propiamente de la minería, pero sin duda es un paradigma cinematográfico en el marco de como las empresas multinacionales de la hidroeléctricas empiezan a invadir con tácticas de sobornos y amenazas todo un sistema social y económico campesino cuyo base era la industria artesanal de la lana. Una estrategia expansionista muy propia del capitalismo de principios del S .XX en casi toda América Latina.

El uso de la tierra, las costumbres, las relaciones sociales se perturban en el contexto de las ambiciones humanas. El filme cuenta como Ernesto llega a San Luis, un pueblo valle de Argentina. Allí narra cómo su infancia está cargada de circunstancias que recuerda todo un cambio para su vida. La llegada de un geólogo español, contratado por el cacique local para buscar petróleo, representa una amenaza para la forma de vida de los campesinos. Es una historia, de sobornos, engaños.

5. Subterra. (2003) Marcelo Ferrari [Chile].

Película Homónima del escritor Baldomero Lillo, su contexto nos habla del Pueblo de Lota, Chile, ubicado en la región del Biobío, pueblo minero de gran tradición cultural. Historia narrada a finales del siglo XIX

(1897). Las cotidianidades que afloran en este filme, los rostros del olvido de sus personajes, la difícil supervivencia y la presión de los patronos; la aristocrática familia Cousiño Goyenechea hacen de esta narrativa toda una apuesta de resistencia civil. En el desarrollo de los acontecimientos narrados es posible atisbar un contexto social controlado, un grupo de seres que trabajaban desde el amanecer hasta el anochecer en condiciones inhumanas, donde la desesperación, la rabia e impotencia ante su situación una situación social y económica que hacía sufrir aún más a los más menospreciados, y mal remunerados obreros.

¿Por qué de nuevo aflora n pleno siglo XXI el tema de la minería en Chile?

Los problemas de la minería en América Latina tienen casi el mismo problema estructural. Ausencia de Estado, las injusticias de los patronos, la violación permanente de los derechos humanos y la presencia de las multinacionales en zonas de alta riqueza mineral. Agregándole sin menos importancia los problemas que se trasladan de las minas a los hogares y demás, llevando a que los otros miembros de la sociedad hagan parte también de ese grupo de menospreciados y desfavorecidos, en este texto filmico, evidenciamos no sólo el problema de los obreros mal remunerados, sino también la problemática de la explotación laboral que toca también a la mujer, como lo es el caso de las mujeres salitreras.

Ese control representa una especie de pequeño Estado, o más bien para-estado, cuya única opción para quienes emergen dentro de estos límites invisibles, es la sumisión. Los personajes tejen relaciones de solidaridad para contrarrestar la forma de poder y de control. El filme aparece en el momento en que la problemática minera es agenda internacional de un mundo global en el marco de las viejas- nuevas estrategias de la expansionista de las economías de mercado. Para tal efecto subraya (Wallestein, 2007, p.60) “la globalización no es algo nuevo; El hecho es que el grado de apertura del mercado mundial es cíclico y ha sido cíclico durante cuatrocientos años”.

6. También la lluvia. (2010) Iliciar Bollaín [Bolivia- España]

Un contexto que se desarrolla en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, a comienzos del año 2000. El tema; el agua. Con las mismas variables de poder y de exclusión cultural de las película anteriormente referenciadas. Bollaín acude a la narrativa *el cine dentro del cine* narra cómo Sebastián (Gael García Bernal) y Costa (Luis Tosar) desean rodar la película sobre

Cristóbal Colón y el descubrimiento de América. El punto de inflexión de la historia, el llamado a un casting para seleccionar a unos indígenas y allí se encuentran con unos de los líderes de la resistencia indígena quien su personaje se cruza entre la ficción del filme- filme. Es el motivo de un cruce de historia que se debate entre la narrativa histórica y la crisis política de la Bolivia, a comienzos del dos mil.

Mientras narran con imágenes en movimiento la historia ya pasada, en su realidad cotidiana, narran con resistencia la historia de lo que ya está sucediendo, mujeres líderes, niños, ancianos, hombres todos se cubren de resistencia para evitar como las multinacionales terminen acaparando el agua para fines industriales. Con sus arengas de resistir al silencio “Fusil, metralleta, el pueblo no se calla”, el rompimiento del silencio se toma las calles. Los indígenas bolivianos acuden a la lucha para resistir. Un filme paradójico donde el indígena el objeto del relato de museo, pasa a ser protagonista de uno de los hechos más importantes de la historia boliviana. Dentro de este orden de ideas Bolleme (2017) afirma; “El pueblo se presenta, y se representa, como poder de participación y de integración, en el momento en que la comunidad unánime trastorna toda jerarquía y todo orden establecido” (p.146).

7. El minero del diablo (2005) Kief Davidson y Richard LadkanI [Bolivia- Canadá]

Documental rodado en Bolivia, ubicada en Cerro del Potosí de producción norteamericana-Germana dirigida por Kief Davidson y Richard LadkanI. La minería con ojos de niño. Una historia donde el mito, la exclusión y el sueño de un mundo posible se entrecruzan. Imágenes naturales, de un gran realismo, pero igual de los anteriores filmes; el silencio sepulcral de los poderosos con la complacencia de las multinacionales. El Mito, la ritualidad son su única esperanza Basilio Vargas y Bernardino dos niños quienes llevan esta historia hacia antropología realista, llena de injusticias con sus rostros en primer plano de afectación de sus miradas naturales, aluden en su silencio, su propia angustia y con ello la negligencia estatal, La miradas del olvido y la esperanza se contrarresta con riqueza de los poderosos. Y contrapesando la fe católica, su diablo, es su única esperanza y de igual forma deciden hacerle un altar dentro de la misma mina. El adentro y el afuera son la dialéctica permanente de estas imágenes. Diálogos y geografías que anuncian el olvido de la historia que falta por contar en América Latina.

CONCLUSIONES

El Cine Minero intenta desde su oficio la problemática del derecho minero, los títulos, la vulneración de derechos humanos y el problema del territorio, caracterizando ambas figuras: Derecho Minero y Cine Minero, por lo que en algunas películas y documentales latinoamericanas constituyó en el problema cinematográfico el fundamento de la investigación que arrojó como resultado parcial esta ponencia.

Si la investigación básica del *Derecho Minero* ha sido la escritura, surgen indagar desde que momento en la historia el cine es otra fuente de conocimiento y archivo histórico. ¿Cómo hacer investigación sobre cine sin tener que renunciar al disfrute del goce estético? ¿De qué manera investigar en torno a un tema vigente, pertinente, relevante y de actualidad, como es el cine minero latinoamericano? ¿Cómo el cine minero se ha constituido en un archivo documental sobre la conciencia histórica minera, la alteridad y anomia del derecho minero?

El discurso en imagen tiempo del cine, permite no solamente una mirada histórica, sino una contemporaneidad que somos en un presente. Su objeto/ sujeto más allá de las minas, el territorio y el medio ambiente, es la presencia de la alteridad. ¿Quién es el otro en su dimensión antropológica?; “somos América Latina, un pueblo sin piernas, pero que camina”

BIBLIOGRAFÍA

Blanchot M. (1992). Michel Foucault tal como yo lo imagino. Barcelona Pre-textos

Bolleme, G. (1990) El pueblo por escrito. Significado culturales de lo popular. Mexico: Grigalbo

Chul Han, B. (2014) La agonía del eros. Barcelona: Herder

De Sousa, B (2009). Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho. ILSA Bogotá: ILSA

Deleuze G (2013). El saber curso sobre Foucault. Tomo I. Cactus. Serie clases. Buenos Aires

Deleuze, G. (1985). *La imagen- tiempo : estudios sobre cine*. Traducido por Irene Agoff. Vol. Barcelona: Paidós Foucault, m (...) La arqueología del saber. México: Siglo XXI editores

Manniglier P, y Zabunyan D. (S/F) Foucault va al cine. Textos inéditos en español.

Paranaguá, P (2003). Cine Documental en América Latina. 1º edición. Madrid: Cátedra: signo e imagen

Rocha, G. (2004) Del hambre al sueño. Obra, política y pensamiento. Buenos Aires: Malba-Colección

Rosentone, R (1997). El pasado en imágenes. Desafío del cine y nuestra idea de la historia. Barcelona: Ariel historia.

Saldarriaga J et al (2016) Cine y derecho. Medellín: Ediciones Unaula.

Sanjines J, (1987). Teoría y práctica de un cine junto al pueblo. Siglo Veintiuno editores. México

Wallerstein, I (2007) La crisis estructural del Capitalismo. Bogotá: Ediciones desde abajo.

REFERENCIAS FILMICAS

Aristarain, A. (productor y director).(1992).Un lugar en el mundo [cinta cinematográfica].Argentina: Coproducción Argentina-España.

Bollaín, I. (productor y director).(2010). También la lluvia [cinta cinematográfica].España: Morena Films

Ferrari, M. (productor y director)(2003). Subterra [cinta cinematográfica]. Chile: Nueva Imagen S.A. y Infinity Films.

Hendrix, J.(productor y director).(2012).Chocó [cinta cinematográfica]. Colombia: Antorcha Films.

Kief Davidson y Richard LadkanI (Directores) (2005) El minero del diablo [Cinta cinematográfica] Bolivia.

Sanjinés, J. (productor y director).(1971).El coraje de un pueblo [cinta cinematográfica]. Bolivia: Group Ukamau y Radiotelevisione italiana.



PANORAMA DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO

Aura Cecilia Torres Burbano¹⁵

Fecha de recepción: 8 de Febrero de 2017

Fecha de aceptación: 10 de Marzo de 2017

Referencia: TORRES BURBANO, Aura Cecilia. *Panorama Del Derecho A La Alimentación En El Departamento De Nariño*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 4. Págs. 99 a 118. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

ABSTRACT: This research article enunciates and briefly analyzes some of the main indicators of malnutrition worldwide, and with special interest, the Colombian case. Specifically, the collection and analysis of malnutrition indicators of the Department of Nariño and the Municipality of Pasto will be addressed, to finally present some of the public policies that have been developed in the region, as well as the most outstanding jurisprudential advances on legal protection of the right to food.

KEYWORDS: Right to food, underfeeding, infant morbidity, infant mortality.

RESUMEN: El presente artículo de investigación enuncia y analiza de manera breve algunos de los principales indicadores sobre desnutrición a

¹⁵ Docente Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social – Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos - CIESJU. Docente Hora Cátedra – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Universidad de Nariño. Abogada – Economista – Universidad de Nariño. Integrante del Grupo de Investigación Derecho, Justicia y Región Dejure – Universidad de Nariño. auraceciliatorres@gmail.com

nivel mundial, y con especial interés, el caso colombiano. Concretamente, se abordará la recolección y análisis de los indicadores de desnutrición del Departamento de Nariño y el Municipio de Pasto, para finalmente presentar algunas de las políticas públicas que se han desarrollado en la región, así como los avances jurisprudenciales más destacados sobre la protección jurídica del derecho a la alimentación.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la alimentación, Subalimentación, morbilidad infantil, mortalidad infantil.

MÉTODO

El interés por conocer los factores que generan la problemática de la desnutrición en la región, constituyó en la razón de ser de la propuesta de investigación “Observatorio de Derecho Alimentario en el Municipio de Pasto. Fase I Primera Infancia”, cuyo objetivo principal es indagar el impacto de las políticas públicas y programas ejecutados, al igual que el desempeño de las instituciones encargadas de velar por la protección de este derecho en la primera infancia, durante el período 2000-2011. Se trata de una investigación sociojurídica y se adelanta desde el enfoque de la investigación total, y que utiliza tanto el método cuantitativo como el cualitativo, logrando de esta manera una evaluación completa y una contrastación entre las políticas y estrategias propuestas y la realidad social. Sin embargo, se incluyeron datos actualizados, con el fin de lograr una comprensión más amplia del problema del hambre en la región.

INTRODUCCIÓN

La Carta Política de 1991, realizó importantes avances frente a la protección del Derecho a la alimentación adecuada, especialmente en el caso de los niños y niñas, ya que el artículo 44 consagró el derecho fundamental de los niños a una alimentación equilibrada. Sin embargo, en los últimos años se ha puesto en evidencia el alto número de muertes de menores, asociadas a la desnutrición, especialmente en regiones apartadas de la geografía

colombiana y que han impactado directamente a las comunidades indígenas, como las asentadas en los departamentos de la Guajira y Vichada. Muchas son las causas de este fenómeno, entre las cuales se identifica la pobreza extrema, la dificultad en el acceso al agua, y el que mayor daño genera: la corrupción. Ha sido tal la magnitud de la situación humanitaria, especialmente la presentada en la Alta Guajira, que incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante Resolución 60 de 2015, emitió la Medida cautelar No.51/15, para solicitar al Estado Colombiano la adopción de medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los niños, niñas y adolescentes de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, en el departamento de la Guajira (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

De esta manera, resulta de gran relevancia conocer el panorama del derecho a la alimentación, no solo en Colombia, sino especialmente en Nariño, departamento que si bien ha mostrado importantes avances en la generación de políticas públicas departamentales, pioneras a nivel nacional, es necesario confrontar los datos presentados en la última década por las entidades oficiales, que revelan la situación alimentaria en la región.

1. La subalimentación en el mundo: un problema latente.

El Informe sobre La Inseguridad Alimentaria en el mundo presentado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura FAO, el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola FIDA y el Programa Mundial de Alimentos PMA, del año 2015, realiza un importante análisis sobre los avances en la lucha contra el hambre en el mundo, ante el cumplimiento de los plazos propuestos en la Cumbre Mundial de la Alimentación de 1996 y los Objetivos del Desarrollo del Milenio en 2015. Es así como la FAO considera que “Las estimaciones más recientes indican que unos 795 millones de personas de todo el mundo, lo que equivale a algo más de una de cada nueve, estaban subalimentadas en 2014-2016” (FAO, FIDA y PMA, 2015, pág. 9). Este estudio maneja el concepto de subalimentación, entendido como la: “(...) ingesta de alimentos insuficiente para satisfacer las necesidades de energía alimentaria. Para el presente informe, el hambre se define como sinónimo de subalimentación crónica” (FAO, FIDA y PMA, 2015, pág. 58)

De acuerdo con el estudio, se determina que desde 1990 hasta la actualidad, el número de personas subnutridas se ha reducido en un 21,4%, siendo los países en desarrollo los más afectados por esta situación. Esto es verdad si tenemos en cuenta que en la década de los noventa existían 1.010,6 millones de personas en el mundo en estado de desnutrición, especialmente en las regiones en desarrollo, golpeando en mayor medida el África Subsahariana y el Asia meridional y oriental. Si bien estos indicadores se han reducido notablemente en los últimos 25 años, aún subsisten en la actualidad 794,6 millones de personas en estado de subnutrición en mayor medida en Asia meridional y el África Subsahariana. Aunque la reducción alcanza los 216 millones de personas, los factores económicos y políticos han dificultado lograr mayores avances en este tema. (FAO, FIDA y PMA, 2015, pág. 8)

Gráfica 1. Estado de subalimentación en el mundo (millones de personas)



Fuente: Datos Informe “El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2015”. FAO, FIDA, PMA.

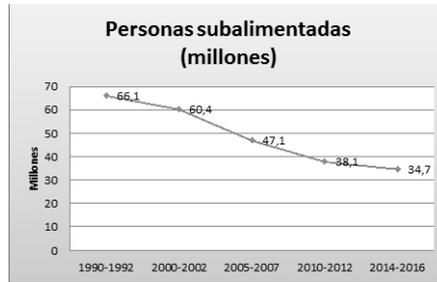
Gráfica: Elaboración propia

Atendiendo al cumplimiento de estos plazos, la FAO ha calculado que al menos 72 países en desarrollo, alcanzaron la meta 1.C de los ODM, con relación al hambre, atendiendo a que obtuvieron un crecimiento económico estable y plantearon políticas adecuadas a los grupos vulnerables. (FAO, FIDA y PMA, 2015, pág. 2).

América Latina registró importantes avances en el cumplimiento de este Objetivo e incluso, logró cumplir la meta propuesta en la Cumbre mundial de la Alimentación (CMA) de reducir a la mitad el número de personas subnutridas, logrando cumplir la meta 1 c) de los ODM, al reducir en un

48% el número de personas subalimentadas con relación al año 1990. De igual manera se estableció que alcanzó la meta de la Cumbre Mundial de la Alimentación para 2015. (FAO, FIDA y PMA, 2015, pág. 48)

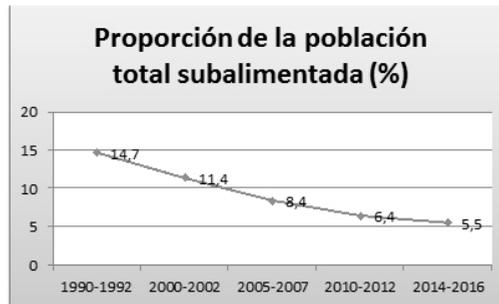
Gráfico 2. Número de personas subalimentadas en millones en América Latina y el Caribe



Fuente: Datos Informe “El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2015”. FAO, FIDA, PMA.

Gráfica: Elaboración propia

Gráfico 3. Proporción de la población total subalimentada en América Latina y el Caribe.



Fuente: Datos Informe “El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2015”. FAO, FIDA, PMA.

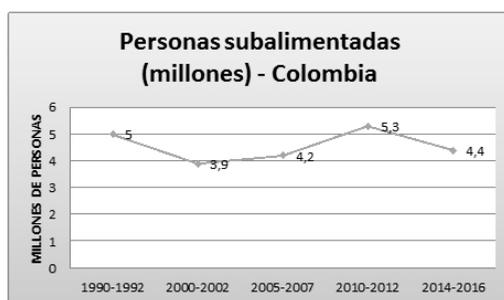
Gráfica: Elaboración propia

En el caso de Colombia, el informe presenta resultados positivos según los cuales el país habría reducido en un 39,8% el número de personas subalimentadas y en un 12,1% la proporción de la población total subalimen-



tada entre 1990 y 2016, lo que indica que se cumpliría con la Meta 1c) de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en 2020, pero que NO es suficiente para alcanzar las metas de la CMA, debido a los lentos avances en la materia. De acuerdo con esto, se estima que para 2016 existen 4,4 millones de personas subalimentadas, observándose que entre 2010 y 2012 este número se elevó notablemente, superando incluso las cifras reportadas en el año de base, alcanzando los 5,3 millones de personas en este estado.

Gráfico 4. Número de personas subalimentadas en millones en Colombia

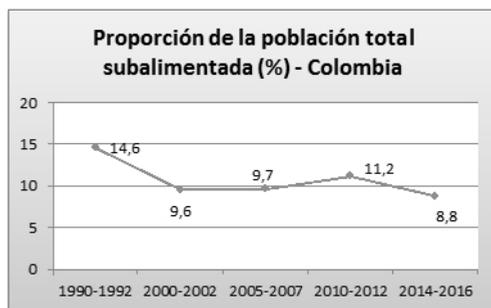


Fuente: Datos Informe “El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2015”. FAO, FIDA, PMA.

Gráfica: Elaboración propia

Proporcionalmente, sin embargo, se aprecia que el impacto de ese incremento entre 2010 y 2012 no fue muy alto, si tenemos en cuenta que la tendencia en los últimos 25 años ha sido a la reducción de los indicadores de desnutrición en Colombia.

Gráfico 5. Proporción de la población total subalimentada en Colombia.



Fuente: Datos Informe “El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo 2015”. FAO, FIDA, PMA.

Gráfica: Elaboración propia

Nuevos retos a nivel mundial

El panorama presentado a 2015 imponía nuevos retos, especialmente aquellos relacionados con las nuevas agendas internacionales en materia de lucha contra el hambre y otros derechos. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y el Decenio de las Naciones Unidas de Acción sobre la desnutrición (2016-2025), invita a los países a enfrentar de manera decidida los problemas asociados con la desnutrición y la pobreza. (FAO, FIDA y PMA, 2017). Para 2017, se el Informe sobre Seguridad alimentaria revela que “Se estima que en 2016 el número de personas aquejadas de subalimentación crónica en el mundo hasta los 815 millones (en comparación con los 777 millones de 2015...)” (FAO, FIDA y PMA, 2017), situación que resulta desalentadora a nivel global. Para Colombia, el mismo informe calcula que la prevalencia de la subalimentación en la población total alcanzó los 7,1 millones de personas, cifra menor que las reportadas en años anteriores. (FAO, FIDA y PMA, 2017, pág. 90).

Para diciembre de 2017, el Instituto Nacional de Salud, presenta un balance no muy alentador de la mortalidad por o asociada a la desnutrición en Colombia. De acuerdo con este boletín epidemiológico: “A la fecha, se encuentran en estudio 192 casos de muertes por y asociadas a desnutrición, para su clasificación final y para definir la causa de muerte” (Instituto Nacional de Salud, 2017)

El mismo boletín informa se observa comparativamente un aumento de los casos reportados frente al mismo período de 2014-2016, para departamentos como Atlántico, Cesar, Casanare, Boyacá y Meta, y llama la atención que “se han incrementado los casos de mortalidad provenientes del exterior, específicamente de Venezuela” (Instituto Nacional de Salud de Colombia, 2016, pág. 8)

El informe nos revela que entre las semanas 1 a 52 de 2017, se identificaron 65 casos de muertes probables por desnutrición en menores de cinco años, siendo el Departamento de la Guajira el que mayor número de casos reporta con un total de 17, seguidos del Cesar con 8 casos, Antioquia, Choco y Magdalena con 5 casos cada departamento, Córdoba y Meta con 3 casos

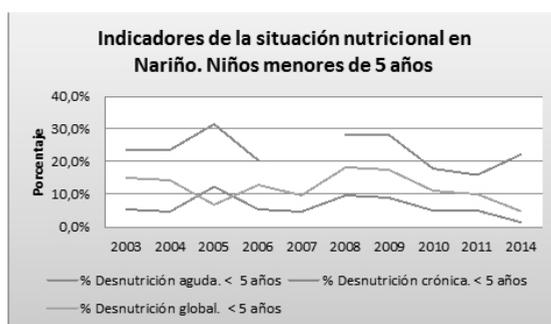
cada departamento, siendo estas regiones las que han notificado el 75,4% de las muertes. El Departamento de Nariño reportó 2 casos para el mismo período. (Instituto Nacional de Salud, 2014)

Finalmente se destaca que la Tasa de mortalidad por desnutrición nacional calculada es de 1,5 muertes por 100.000 menores de cinco años, siendo los Departamentos de Vichada, Guainía, La Guajira, Amazonas, Chocó y Cesar los que mayores tasas reportan. Puede entonces afirmarse, que los Departamentos más alejados y en condiciones de pobreza son las más afectadas por esta problemática.

2. Situación nutricional en Nariño

De conformidad con los datos suministrados por el Instituto Departamental de Salud de Nariño, a través de los boletines epidemiológicos de los años 2005, 2007-2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, encontramos que el Departamento de Nariño presenta tasas importantes de desnutrición (crónica, aguda y global), cuya tendencia ha sido a reducirse en los últimos años.

Gráfico 6. Indicadores de la situación nutricional en Nariño. Niños menores de 5 años.



Fuente: Datos obtenidos de los Boletines epidemiológicos – Indicadores Básicos de salud de Nariño. 2007-2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014. Instituto Departamental de Salud de Nariño. Gráfica: Elaboración propia.

Atendiendo a estas cifras, la tendencia en la última década ha sido a la reducción de la tasa de prevalencia de la desnutrición aguda y global. En el

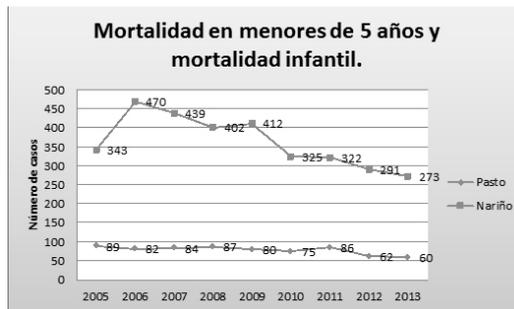
caso de la desnutrición aguda (Peso/talla), en 2003 se reportaba una tasa del 5,4% elevándose al 12,4% en 2005 (7 puntos porcentuales más) y un 9,86% en 2008, para reducirse notablemente en 2014, llegando al 1,50%.

La desnutrición global (Peso/edad) en Nariño, se elevó en 2008 en 3,15% frente a 2003 (15,2%), para reducirse notablemente en 2014, llegando al 4,90%.

Respecto a la desnutrición crónica (Talla/edad) se presenta un comportamiento similar siendo 2005, 2008 y 2009 los años donde esta tasa se aumentó (hasta 7.8% más), hasta lograr mantener una cifra similar entre 2003 y 2014, con una leve reducción del 1,6%, al pasar del 23,8% al 22,20%.. Desafortunadamente no se contaba con datos del año 2007, motivo por el cual esta cifra no puede ser objeto de análisis.

Mortalidad infantil en Nariño

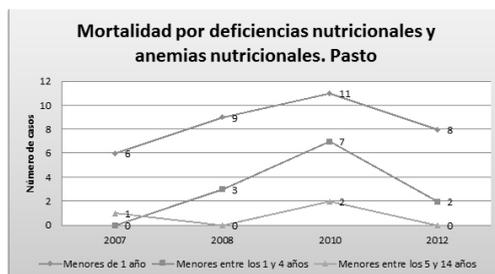
Gráfico 7. Mortalidad en menores de 5 años y mortalidad infantil en Nariño y Pasto.



Fuente: Datos obtenidos de los Boletines epidemiológicos – Indicadores Básicos de salud de Nariño. 2007-2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014. Instituto Departamental de Salud de Nariño. Gráfica: Elaboración propia.

En el caso del municipio de Pasto, los datos más representativos sobre la mortalidad infantil relacionada con la desnutrición se pueden confrontar con los indicadores de Mortalidad por grupos etáreos y causas agrupadas para Pasto (Tasa por 10.000 habitantes), donde encontramos dos reportes importantes, relacionados con el retardo en el crecimiento fetal, desnutrición fetal, Bajo peso al nacer y Gestación corta y la mortalidad por deficiencias nutricionales y anemias nutricionales.

Gráfico 8. Mortalidad infantil por deficiencias nutricionales y anemias nutricionales. Tasa por 10.000 habitantes



Fuente: Datos obtenidos de los Boletines epidemiológicos – Indicadores Básicos de salud de Nariño. 2007-2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014. Instituto Departamental de Salud de Nariño. Gráfica: Elaboración propia.

En el caso de los menores de 1 año, el número de casos tiene un importante incremento en el año 2011, con un total de 11 casos, para reducirse a 8 casos en 2012, sin embargo, en este período el indicador de mortalidad por desnutrición es elevado, en comparación con los demás grupos etáreos. En el grupo de 1 a 4 años no se reportan casos en el año 2007, pero aumentan notablemente en 2010 a 7 casos, para finalmente disminuir en 5 casos en 2012. Finalmente encontramos que entre los menores entre los 5 y 14 años, el número de casos es el más bajo, reportándose únicamente 3 casos entre 2007 y 2012.

Gráfico 9. Mortalidad por retardo en el crecimiento fetal, desnutrición, bajo peso al nacer y gestación corta.



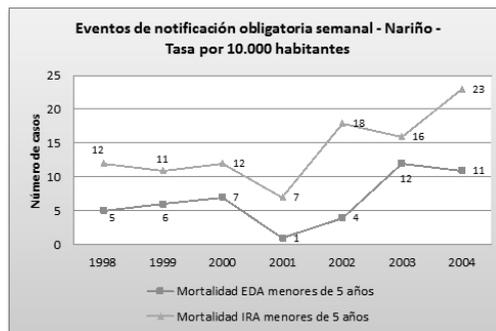
Fuente: Datos obtenidos de los Boletines epidemiológicos – Indicadores Básicos de salud de Nariño. 2007-2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014. Instituto Departamental de Salud de Nariño. Gráfica: Elaboración propia.

Este indicador señala que entre en el período comprendido entre 2007 y 2012, se reportaron 39 casos de mortalidad perinatal, asociada a problemas relacionados con desnutrición. 2008, fue el período con mayor número de casos, con un total de 17 muertes. Si bien, el Departamento de Nariño no reporta un elevado número de casos de mortalidad asociada a la desnutrición, comparativamente con otras regiones del país, no deja de inquietar que existan este tipo de hechos, que afectan a las comunidades más vulnerables. Esto se corrobora, si tenemos en cuenta que el indicador de Necesidades básicas insatisfechas para el Departamento de Nariño alcanzó el 43.79% en 2005, último dato reportado por el Departamento Nacional de Estadística DANE.

Indicadores de mortalidad y morbilidad infantil asociados a otros factores.

La desnutrición infantil es una de las principales causas de morbilidad y mortalidad infantil. Factores como la pobreza, la dificultad para acceder a alimentos sanos y en cantidad suficiente, la falta servicios públicos especialmente de acueducto y alcantarillado, sobre todo en las áreas rurales, y principalmente el no tener acceso al agua potable, apta para el consumo humano son factores que ocasionan un importante número de muerte y enfermedades en los menores de cinco años.

Gráfico 10. Eventos de notificación obligatoria semanal en Nariño. Tasa por 10.000 habitantes



Fuente: Datos obtenidos de los Boletines epidemiológicos – Indicadores Básicos de salud de Nariño. 2007-2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014. Instituto Departamental de Salud de Nariño. Gráfica: Elaboración propia.

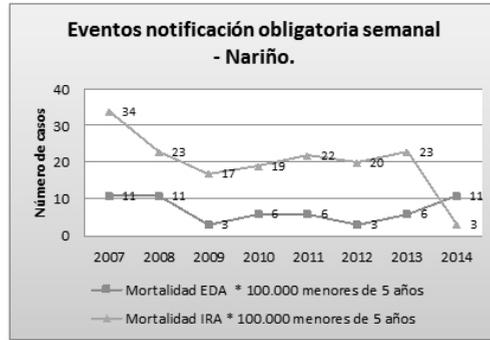
El Instituto Nacional de Salud, citando lo expresado por la Organización Mundial de la Salud plantea que:

1.8 millones de personas mueren cada año en el mundo debido a enfermedades diarreicas (Incluido cólera), 90% de esas personas son niños menores de cinco años, principalmente procedentes de países en desarrollo. Se considera que el 88% de las enfermedades diarreicas son producto de un abastecimiento de agua insalubre y de un saneamiento y una higiene deficientes. Cada año en las Américas más de 250.000 niños mueren antes de los cinco años por enfermedades que podrían prevenirse fácilmente. Estas muertes ocurren principalmente por diarrea, neumonía y desnutrición y otras enfermedades prevenibles por vacunación (Instituto Nacional de Salud, 2014, pág. 2)

Entre los años 1998 y 2004 en Nariño, se observa que se la mortalidad infantil asociada a la Enfermedad Diarreica Aguda (EDA) y a la Infección respiratoria Aguda- (IRA) en menores de cinco años como causa de muerte, se incrementaron alcanzando el doble de casos reportados dentro del período de estudio. Esto es de gran importancia si tenemos en cuenta que enfermedades como la diarrea, son ocasionadas en su gran mayoría por la presencia de virus o bacterias causadas por el consumo de alimentos o agua inadecuados, como ocurre en muchas regiones pobres de la geografía nariñense.

A partir del año 2007, el Instituto Departamental de Salud presentó los eventos de notificación obligatoria empleando otra fórmula para el cálculo de la tasa, con base en 100.000 menores de cinco años y no 10.000 habitantes, como hasta el año 2004.

Gráfico 11. Eventos de notificación obligatoria semanal en Nariño. Tasa por 100.000 menores de cinco años. 2007-2014



Fuente: Datos obtenidos de los Boletines epidemiológicos – Indicadores Básicos de salud de Nariño. 2007-2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014. Instituto Departamental de Salud de Nariño. Gráfica: Elaboración propia.

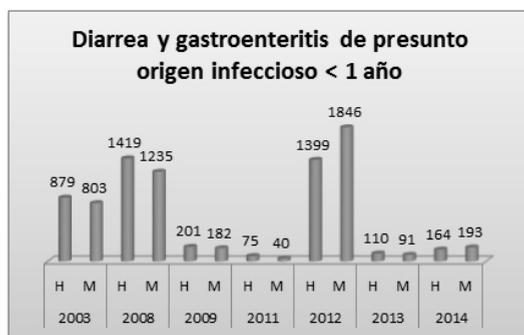
Teniendo en cuenta estos indicadores, entre 2007 y 2014, la tasa de mortalidad por Enfermedad diarreica aguda se redujo entre 2009 y 2012, reportando 3 casos por cada año. Sin embargo, entre 2013 y 2014 se aumentó nuevamente el número de menores cuya causa de muerte fue la EDA, llegando a 11 casos en 2014, alcanzando las cifras reportadas en 2007 y 2008. Caso contrario ocurrió con la Infección respiratoria aguda, enfermedad que de acuerdo a estos datos se redujo ostensiblemente entre 2007 y 2014, en al menos 31 casos.

Morbilidad Infantil Asociada A Factores Nutricionales

Especial atención merecen, tanto la mortalidad infantil, como los indicadores de morbilidad en menores ocasionadas por enfermedades diarreicas y gastroenteritis, las cuales presentan un alto número de casos, que afectan principalmente a los menores de cinco años.



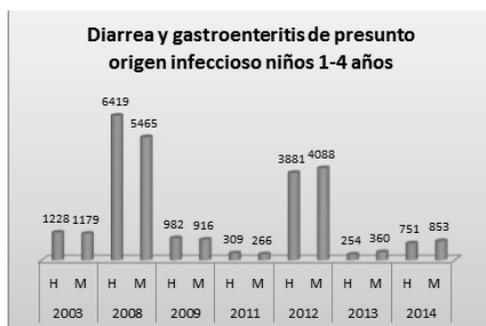
Gráfico 12. Morbilidad por consulta externa - Pasto. Diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso. Menores de 1 año. Tasa por 1.000 habitantes



Fuente: Datos obtenidos de los Boletines epidemiológicos – Indicadores Básicos de salud de Nariño. 2007-2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014. Instituto Departamental de Salud de Nariño. Gráfica: Elaboración propia.

Las cifras ofrecidas por el Instituto Departamental de Salud de Nariño señalan que la prevalencia de la morbilidad por EDA en menores de un año, presentó un alto número de casos entre 2008 y 2012, y una disminución entre 2013 y 2014, pasando de 3215 casos en 2012 a 357 en 2014.

Gráfico 13. Morbilidad por consulta externa - Pasto. Diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso. Menores entre 1 y 4 años. Tasa por 1.000 habitantes

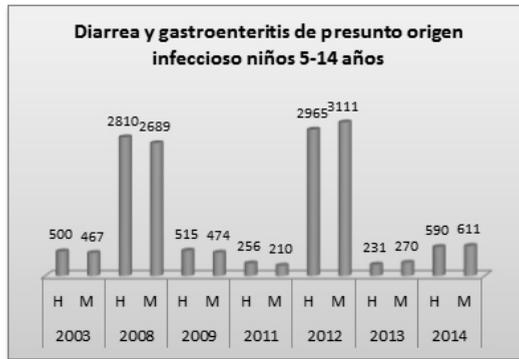


Fuente: Datos obtenidos de los Boletines epidemiológicos – Indicadores Básicos de salud de Nariño. 2007-2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014. Instituto Departamental de Salud de Nariño. Gráfica: Elaboración propia.

En el grupo etáreo entre los 1 y 4 años, se observa que en el año 2008 se reportaron 11.884 casos de menores con esta patología, siendo los más afectados los niños que las niñas. 2012 presenta otro reporte igualmente elevado con 7.969 casos, un poco más bajo con respecto a 2008. Sin embargo, el número de reportes se reduce notoriamente entre 2013 y 2014, llegando a 614 y 1604 casos respectivamente.

Finalmente encontramos las cifras relacionadas con el grupo de menores entre los 5 y 14 años, donde se analiza que los años con mayores reportes fueron 2008 con 5.499 casos y 2012 con 6.076 casos respectivamente. 2014 alcanzó una cifra de 1.201 menores que padecieron la enfermedad, cifra que es baja comparada con los años anteriores.

Gráfico 14. Morbilidad por consulta externa - Pasto. Diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso. Menores entre los 5 y 14 años. Tasa por 1.000 habitantes



Fuente: Datos obtenidos de los Boletines epidemiológicos – Indicadores Básicos de salud de Nariño. 2007-2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014. Instituto Departamental de Salud de Nariño. Gráfica: Elaboración propia.

Comparativamente, se puede afirmar que son los menores entre 1 y 4 años, el grupo poblacional que sufre una mayor afectación por este tipo de enfermedad, debido muy seguramente a la falta de acceso a servicios básicos y alimentos adecuados, que ocasionan una alta prevalencia de la EDA.

3. Avances y retrocesos

Si analizamos estas cifras, podemos afirmar que Colombia ha hecho importantes esfuerzos por reducir el hambre en los últimos años. Valga re-

cordar que, la Constitución Política, ha tratado el derecho a la alimentación de manera implícita en el artículo 65 de la Carta Fundamental, cuando se refiere a la protección a la producción de alimentos y de manera expresa, otorgando en rango de derecho fundamental al derecho a la alimentación de los niños, niñas y adolescentes, las mujeres en estado de gestación y los adultos mayores. Sin embargo, aún es muy grande el camino que se debe recorrer para lograr su garantía real.

Sobre el particular encontramos algunos avances en la jurisprudencia de la Corte, como las sentencias T-506 de agosto de 1992 que analiza brevemente el concepto de seguridad alimentaria o la Sentencia T-348 de mayo de 2005, donde ya se trata con mayor amplitud el tema del derecho a la alimentación y el concepto de soberanía alimentaria, al igual que las Sentencias C-644 de 2012, T-606 de 2015 y T-445 de 2016 que analizan el alcance de los derechos a la alimentación adecuada y a la seguridad alimentaria. Destacamos también la Sentencia T-416 de 2016 que tuteló los derechos de los niños del pueblo Wayúu, especialmente los relativos a la salud y la alimentación adecuada.

Los principales desarrollos se han dado a nivel de la Política Pública, donde encontramos instrumentos como el Plan Nacional de Alimentación y Nutrición PNAN (1996-2005); la Política Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional (PSAN) creada en 2007 que atendería a los lineamientos planteados por las Directrices Voluntarias para el Derecho a la alimentación. Ya en 2013 la Comisión Intersectorial de Seguridad Alimentaria y Nutricional (CISAN) lanza el Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional 2012-2019, cuyo objetivo es contribuir al mejoramiento de la situación alimentaria y nutricional de la población colombiana. Este plan atiende en gran medida a los compromisos adquiridos por el Estado frente a la realización del derecho a la alimentación y a las directrices voluntarias.

A nivel regional encontramos dos importantes políticas: a nivel del Departamento de Nariño se expide en 2010 el “Plan Decenal de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional de Nariño 2010-2020”, el cual tiene como objetivo principal:

Garantizar el derecho a una alimentación balanceada, nutritiva y suficiente de manera estable y en un entorno favorable para la salud de todas y todos los nariñenses, en especial de sus niños y niñas, sus mujeres gestantes, madres lactantes y sus adultos mayores, fortale-

ciendo una gran alianza de los hombres y mujeres del campo y la ciudad, los pueblos indígenas, las comunidades afro descendientes con las entidades públicas y privadas de todos los niveles, consolidando nuestras propias políticas agroalimentarias que sean ecológica, tecnológica, social, étnica, económica y culturalmente sustentables apropiadas a nuestra región que contribuyan al desarrollo rural integral y sostenible. (Gobernación de Nariño, 2010, pág. 13).

Actualmente y ad portas de cumplirse el plazo fijado para su cumplimiento, la política está siendo objeto de revisión por parte de las entidades responsables de su implementación.

De igual forma en 2013, el municipio de Pasto aprueba el “Plan de Seguridad Alimentaria Y Nutricional 2013-2019 – Pasto asegurando la alimentación y nutrición (PAAN)”, cuyo objetivo general es la consolidación de una adecuada oferta agropecuaria en el Municipio de San Juan de Pasto y la intervención de las instituciones para la concientización de la necesidad de transitar hacia mejores hábitos alimenticios con la finalidad de disminuir los niveles de desnutrición y lograr porcentajes óptimos en materia de Seguridad Alimentaria y Nutricional en la población urbana y rural del municipio de Pasto. (Alcaldía Municipal de Pasto, 2013)

Se ha logrado establecer además que existen importantes avances en la ejecución de la política a nivel Departamental, transcurridos seis años de su expedición, a través de la ejecución de proyectos de agricultura urbana, proyectos productivos para la región del Rio Mayo, recuperación del patrimonio alimentario y proyectos de soberanía y seguridad alimentaria auto sostenible para productores rurales y de la costa Pacífica Nariñense, con una importante asignación de recursos por parte del Gobierno Departamental.

Finalmente cabe destacar que el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz estable y duradera, firmado en noviembre de 2016, estableció como principio el Derecho a la alimentación, dentro del capítulo primero “Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma rural integral”, pactando lo siguiente: “Derecho a la alimentación: la política de desarrollo agrario integral deberá estar orientada a asegurar progresivamente que todas las personas tengan acceso a una alimentación sana y adecuada y que los alimentos se produzcan bajo sistemas sostenibles” (Pre-



sidencia de la República - Farc-EP, 2016, pág. 13)

Para lograr este fin, se ha propuesto la consolidación de un Sistema para la garantía progresiva del derecho a la alimentación, orientada a las poblaciones rurales, a través del aumento en la producción de alimentos, el fortalecimiento de la agricultura, el acceso a la tierra y reivindicando el papel de la mujer rural en el ejercicio de este derecho, entre otros aspectos. (Presidencia de la República - Farc-EP, 2016, pág. 33).

Se destaca igualmente, que los programas contra el hambre y la desnutrición se orientarán con especial interés a la población rural en condiciones de miseria, las mujeres gestantes y lactantes, niños y niñas, y para la tercera edad. (Presidencia de la República - Farc-EP, 2016, pág. 34).

Evidentemente el derecho a la alimentación ha sido un punto importante en el proceso de implementación de los Acuerdos, ya que se espera que las comunidades más afectadas por el hambre y la desnutrición, puedan lograr en un mediano plazo mejorar sus condiciones de vida, lo que impactará directamente en la reducción de los indicadores negativos que se aún persisten.

CONCLUSIONES

En los últimos años la lucha contra el hambre y la malnutrición en el mundo ha permitido reducir de manera notable, el alto número de muertes asociadas a este fenómeno, especialmente en países de América Latina y el Caribe, atendiendo a los lineamientos establecidos por los Objetivos de Desarrollo del milenio y más recientemente, los Objetivos de Desarrollo sostenible, que permitieron aunar esfuerzos de manera global para lograr mejorar las condiciones alimentarias de la población mundial.

Si bien Colombia ha mostrado importantes avances en la reducción del hambre, son persistentes de manera preocupante los casos de mortalidad asociada a la desnutrición, especialmente en menores de edad, y con mayor afectación a niños, niñas y adolescentes de comunidades indígenas apostadas en regiones distantes de la geografía nacional. La pobreza extrema, la dificultad en el acceso a servicios de salud, a servicios

básicos, a agua potable, y tristemente, la corrupción, son los principales factores que han ocasionado la prevalencia de estas enfermedades y la mortalidad infantil.

En el caso Nariñense, se han dado interesantes avances en materia de política pública de seguridad y soberanía alimentaria. Sin embargo se observa que es necesario fortalecer los programas encaminados a lograr la reducción de la desnutrición, con prioridad a los niños, niñas y adolescentes de las comunidades más vulnerables.

BIBLIOGRAFÍA

Alcaldía Municipal de Pasto. (2013). Plan de Seguridad alimentaria y nutricional 2013-2019 “Pasto asegurando la alimentación y nutrición PAAN”. Pasto.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (11 de Diciembre de 2015). Organización de Estados Americanos. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC51-15-Es.pdf>

FAO, FIDA y PMA. (2015). El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo. Cumplimiento de los objetivos internacionales para 2015 en relación con el hambre: balance de los desiguales progresos. Roma: FAO.

FAO, FIDA y PMA. (2017). El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo. Fomentando la resiliencia en aras de la paz y la seguridad alimentaria. Roma: FAO, Fida, PMA, Unicef, Organización mundial de la salud.

Gobernación de Nariño. (2010). Plan Decenal de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional de Nariño. Pasto.

Instituto Departamental de Salud de Nariño [IDSN]. (2007). Boletín epidemiológico. Indicadores Básicos de Salud Nariño 2007. Pasto

Instituto Departamental de Salud de Nariño [IDSN]. (2009). Boletín epidemiológico. Indicadores Básicos de Salud Nariño 2009. Pasto

Instituto Departamental de Salud de Nariño [IDSN]. (2011). Boletín epide-

miológico. Indicadores Básicos de Salud Nariño 2011. Pasto

Instituto Departamental de Salud de Nariño [IDSN]. (2012). Boletín epidemiológico. Indicadores Básicos de Salud Nariño 2012. Parte I: Total Nariño. Pasto

Instituto Departamental de Salud de Nariño [IDSN]. (2012). Boletín epidemiológico. Indicadores Básicos de Salud Nariño 2012. Parte Dos: Abades, centro, Cordillera. Pasto

Instituto Departamental de Salud de Nariño [IDSN]. (2013). Boletín epidemiológico. Indicadores Básicos de Salud Nariño 2013. Pasto

Instituto Departamental de Salud de Nariño [IDSN]. (2014). Boletín epidemiológico. Indicadores Básicos de Salud Nariño 2014. Pasto

Instituto Nacional de Salud de Colombia. (11 de junio de 2014). Protocolo de vigilancia en salud pública. Mortalidad por enfermedad diarreica aguda en <5 años (EDA). Colombia.

Instituto Nacional de Salud de Colombia. (24 al 30 de diciembre de 2017). Boletín epidemiológico semanal. Semana Epidemiológica Número 52 de 2017. Colombia.

Presidencia de la República - Farc-EP. (24 de noviembre de 2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz estable y duradera. Obtenido de Mesa de conversaciones:<https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf>

CARACTERÍSTICAS RELEVANTES DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL C.P.A., y C.A.

Libardo Orlando
Riascos Gómez¹⁶

Fecha de recepción: 15 de agosto de 2017

Fecha de aceptación: 2 de septiembre de 2017

Referencia: RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. *Características Relevantes De La Suspensión Del Acto Administrativo Como Medida Cautelar En el C.P.A., Y C.A.*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm. 4. Págs. 119 a 147. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

ABSTRACT: The suspension of the legal effects of the Administrative Acts is a administrative legal institution of constitutional origin in administrative law Colombia, as noted in the Political Constitution of 1886 and 1991. Various laws and Administrative Codes have regulated the suspension as an autonomous legal institution, relevant and with sui generis characteristics and also as a precautionary measure arbitrated in the contentious administrative procedure, after the exercise of control actions or means of nullity, nullity and restoration of the right and contractual and in order to protect and guarantee constitutional and legal rights of the plaintiff of an act administrative.

¹⁶ Docente Titular de Derecho Público de la Facultad de Derecho en la Universidad de Nariño desde 1986 hasta la actualidad. Abogado de la Universidad de Nariño en 1983. Magister en Derecho, Universidad USACA-UDENAR en 1994. Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad de Navarra (Pamplona-España), 1986 y Doctor en Derecho Constitucional (Lleida-España), 1999. Tratadista de Derecho Público.

KEYWORDS: Characteristics of the Administrative Act, Suspension, Measure

Precautionary and Constitutional and legal law.

RESUMEN: La suspensión de los efectos jurídicos de los Actos Administrativos es una institución jurídico administrativa de origen constitucional en el derecho administrativo colombiano, tal como se constata en la Constitución Política de 1886 y 1991. Diversas leyes y Códigos Administrativos han reglamentado la suspensión como institución jurídica autónoma, relevante y con características *sui generis* y también como medida cautelar arbitrada en el procedimiento contencioso administrativo, tras el ejercicio de las acciones o medios de control judicial de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y contractuales y con la finalidad de proteger y garantizar derechos constitucionales y legales del demandante de un acto administrativo.

PALABRAS CLAVE: Características del Acto Administrativo, Suspensión, Medida Cautelar y Derecho Constitucional y legal.

INTRODUCCIÓN

La derogada Constitución Política de Colombia de 1886, como también la Constitución Política de 1991 elevó a rango constitucional la suspensión de la eficacia o de los efectos jurídicos de un acto administrativo con la finalidad de proteger y garantizar los derechos constitucionales y legales de toda persona que accede a la administración de justicia contencioso administrativa a demandar un acto administrativo que considera contrario al ordenamiento jurídico vigente. Por tal razón, la suspensión de actos administrativos objetivos, subjetivos o mixtos se ha regulado normativamente en leyes especiales y Códigos administrativos en aras a proporcionar un mecanismo jurídico procesal idóneo y eficaz que garantice, por un lado, los derechos del demandante en un proceso judicial; y de otro lado, que se asegure la terminación de un proceso mediante auto aprobatorio de conciliación en forma anormal y anticipada o idealmente mediante sentencia, en forma normal.

La suspensión de actos administrativos a lo largo de su existencia constitucional y legal ha sido objeto de estudio y análisis jurisprudencial importante, basados en las bondades, restricciones y condicionantes que representa para los sujetos legitimados o interesados al demandar un acto administrativo contrario a derecho y por supuesto, en la labor judicial de interpretación, aplicación y de provisión de derechos al decretar una medida cautelar de suspensión en el transcurso del un proceso contencioso administrativo. Por eso conviene, precisar brevemente cuál es y ha sido la conceptualización de esta institución jurídica en nuestro derecho colombiano y cuáles son los elementos, características y aspectos relevantes de la figura administrativa, principalmente como medida cautelar en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) –en adelante C.P.A. y C.A.--.

1. La Conceptualización De La Suspensión

La institución jurídico administrativo de la suspensión de la eficacia del Acto Administrativo en el derecho colombiano ha recorrido en la línea del tiempo diferentes fases que implican conceptualizaciones, regímenes jurídicos y sistemas de control administrativo o judicial diversos. (Riascos, 2016)

La suspensión en la primera fase, es una institución jurídica constitucional. Si bien, la suspensión es una institución jurídico administrativa eso no quiere decir que su origen jurídico es eminentemente constitucional, que persigue auto-limitar uno de los rasgos característicos de los actos administrativos, cual es la ejecutividad u obligatoriedad aún sin el consentimiento de los particulares o destinatarios y al tiempo, servir a éstos como mecanismo judicial y/o administrativo, --pues tanto el Gobernador como la Autoridad judicial podían suspender actos, al tenor del artículo 191 de la Constitución de 1886-- ágil y sumario (“por pronta providencia”) para suspender “actos de las Asambleas”, tales como Ordenanzas y resoluciones, cuando quiera que estas causen o puedan causar “perjuicio grave” a los particulares, según el artículo 192 de la derogada Constitución.

La institución de la suspensión de actos desde su origen tuvo unos claros y benéficos propósitos no sólo para preservar el orden jurídico a través de la protección de la ejecutividad u obligatoriedad del acto administrativo, sino para salvaguardar la propia integridad de los destinatarios o particulares al buscar que no se les cause perjuicios graves con la expedición de actos contrarios a la Constitución y la leyes. Pese a ello, en lo que muchos

no vieron como beneficioso de la institución fue el que pueda ser adoptado por un funcionario administrativo como lo es el Gobernador. En torno a esto se produjeron debates extremos sobre la conveniencia e inconveniencia de la facultad administrativa para poder suspender actos pero más pudo, “cierto temor que fueran los funcionarios administrativos los que tuvieran la facultad de suspender provisionalmente actos administrativos” (MORA OSEJO, 1984), que en verdad razones jurídicas de peso e inconveniencia, pues no olvidemos que desde aquél entonces como hasta ahora, todas las autoridades estatales con funciones administrativas pueden revocar (extinguir o deshacer) sus propios actos como mayor sanción jurídica que suspenderlos provisionalmente, que tiene menores implicaciones, es decir, pueden lo más, pero no pueden lo menos.

Quizá las razones para oponerse a la inconveniencia de la adopción de la cautela suspensoria en vía administrativa (que en otros países como España, aún hoy es viable y jurídico hacerlo) pudo deberse a los posibles excesos y continuos abusos de la facultad discrecional con la que contaban los funcionarios administrativos e incluso los judiciales, solo limitada por la Constitución, las leyes y por el posible agravio a los particulares. Temor o excesos de poder, hicieron que el constituyente de 1910, al reformar parcialmente la Constitución de 1886, eliminaran la competencia de las autoridades administrativas para adoptar la suspensión de actos, cuando se estipuló que los “Acuerdos de los Concejos Municipales, podrán suspenderse por causa de inconstitucionalidad o ilegalidad”, bien sean generales o bien causen agravio a los particulares, por el juez competente y mediante pronta providencia (artículo 63 y 64 del Acto Legislativo No. 3 de 1910).

La suspensión en la segunda fase, es adoptada por la jurisdicción contencioso administrativo. La suspensión de actos administrativos prevista en los artículos 191 y 192 de la derogada Constitución de 1886 se reglamenta mediante la Ley 130 de 1913, *ab initio* para los “actos administrativos de las Asambleas” y luego para los “actos administrativos de los Concejos” municipales (artículos 63 y 64 del Acto Legislativo de 1910). *A posteriori*, sobreviene una gran reforma constitucional a la Constitución de 1886 sobre la suspensión de actos cuando se expide el Acto Legislativo Núm. 1º de 1945, artículos 85 y 42 y constitucionaliza la función exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativo para suspender actos administrativos colegiados de los Concejos Municipales (Acuerdos) y de las Asambleas Departamentales (Ordenanzas) y se extiende dicho control

jurisdiccional para todos los actos de la Administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley. Sin embargo, se aclara que la facultad discrecional del juez administrativo, a cuya estimación quedan los perjuicios que deben estimarse con la suspensión de un determinado acto” (BARRETO VARGAS, 1937)

La suspensión en esta etapa legislativamente se moldeó e inclusive extralimitó la Constitución de 1886, al determinar que el Magistrado Sustanciador podrá decretar en forma “oficiosa” la suspensión y conceder la apelación del auto que resolvía la suspensión en el “efecto suspensivo” (Ley 28 de 1922, artículo 2º). Por su parte, la ley 72 de 1920, planteaba una especie de perención o extinción del derecho para el interesado con la suspensión cuando éste dejaba transcurrir cuarenta días sin hacer gestión alguna en el proceso donde se había decretado la suspensión del acto. *A contrario sensu*, la Ley 80 de 1935, planteaba una prohibición a la adopción de la suspensión de Ordenanzas y Acuerdos, transcurridos ciento veinte (120) días siguientes a su sanción, salvo que se pruebe que existe un agravio a los particulares. Estas normas extralimitaban con formas y términos no previstos en los textos constitucionales, aunque manifestaran perseguir fines altruistas, como la preservación de la constitucionalidad y la legalidad de la actividad administrativa. Mediante la expedición de la Ley 167 de 1941, conocido en Colombia como segundo *Codex* administrativo sustantivo y procesal, recogió la normativa dispersa en materia de suspensión de actos y los condensó válidamente en los artículos 94 a 101.

La suspensión como auténtica medida cautelar en el proceso contencioso administrativo. En la cuarta fase, se expide el tercer *Codex* Administrativo mediante el Decreto 01 de enero 2 de 1984, o C.C. A., con las reformas de 1989 y 1998. El Consejo de Estado, se pronuncia sobre la suspensión como medida cautelar, “suspensoria de los efectos del acto” (C. de E., Sección Tercera, Sentencia de enero 30 de 1997), adoptable en los procesos judiciales administrativos (C.E., Sección Tercera, Sentencia abril 7 de 1995) de anulación y de restablecimiento del derecho e inclusive en los procesos “contractuales cuando se demanda actos administrativos” que hacen parte de la contratación estatal (C.E., Sección Tercera, Auto de junio 25 de 1999) y con una clara finalidad de “inaplicar temporalmente un acto flagrantemente violatorio del ordenamiento jurídico y de evitar que se cause o se prolongue un perjuicio injustamente” irrogado a una persona (C.E., Sección Segunda, Auto de Junio 3 de 1992).

La suspensión de actos fue una de las instituciones jurídico-administrativa a la que se le dedicó especial interés en el Código del 84, siguiendo para ello el decurso legislativo de la ley 167 de 1941 que le había dedicado ocho artículos al desarrollo de la institución, las conclusiones de la jurisprudencia extranjera (francesa y española, principalmente) y la nacional y por supuesto, los aportes de la doctrina especializada y de autoridad intelectual de Vidal Perdomo (VIDAL PERDOMO, 1997), Libardo Rodríguez, Betancur Jaramillo, entre otros. Así, se erigió definitivamente como una medida cautelar de la eficacia del acto administrativo, solo aplicable en el curso de un procedimiento contencioso administrativo de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho (“acción resarcitoria”), así como en las acciones contractuales cuando en estos se controvierten actos administrativos contractuales previos, concomitantes y posteriores, mal llamados antes de la Ley 80 de 1993, “actos separables”. (C. de E., Sección Tercera, Auto de junio 25 de 1999).

En esta etapa normativa se consolida la suspensión como medida cautelar de la eficacia del acto en los procesos judiciales ius-administrativos, se potencia la estructura, requisitos de forma y fondo para su solicitud y decreto judicial, sus efectos jurídicos inmediatos y mediatos, los recursos que proceden tras su adopción o no, el trámite ante los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado y crea unas formas atípicas de suspensión: la denominada “suspensión automática” (arts. 158 y 159 C.C.A.) y “la suspensión provisional en prevención” (artículo 153 id), procedente del derecho anglosajón (VIDAL PERDOMO J. O.).

El D.E., 2304 de 1989 y la Ley 446 de 1998, reformativos del C.C.A., se ocuparon de la suspensión como medida cautelar de un procedimiento contencioso administrativo: (i) preocupado por los derechos y deberes de los sujetos intervinientes en la cautela (el actor, los terceros intervinientes y la misma Administración Pública estatal o las personas particulares con funciones administrativas en su calidad de demandantes); (ii) sobre los requisitos de forma y fondo de la solicitud de suspensión y decreto de la medida por parte de la jurisdicción mediante el auto de suspensión inmerso en el auto admisorio de la demanda, aun cuando haya operado su corrección o aclaración (artículos 152, 154, 155, 208 *ibidem*); y, (iii) sobre los efectos y los recursos que proceden contra el auto que resuelve la suspensión en los procesos de única y primera instancia ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, respectivamente

(artículos 143 Inciso 6º , 154, 155 *ibidem*).

La suspensión en la cuarta fase, sigue teniendo origen constitucional y se aplica únicamente en procesos judiciales. La Constitución de 1991, reformó la suspensión de los efectos jurídicos de los actos administrativos, luego que el Acto Legislativo Núm. 1º de 1945, modificatorio de la Constitución de 1886, había reformado a su vez, lo previsto por el Acto Legislativo Núm. 3 de 1910. Cada época de reforma constitucional hasta llegar a la Constitución de 1991, demarcó una etapa de conceptualización de la institución suspensoria de actos con sus propias caracterizaciones, pero prácticamente todas las etapas, a excepción de la inicial prevista en la Constitución de 1886 (desde 1886 a 1910), tienen un común denominador: la facultad exclusiva de suspender actos administrativos por la jurisdicción contencioso administrativa.

El artículo 238 de la Constitución de 1991, sostiene: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”. Genéricamente estipula que se podrá suspender los actos administrativos, incluyendo en dicha denominación a todos los emanados de la Administración Pública estatal, las Autoridades nacionales, departamentales o municipales individuales y colegiadas y las personas particulares con función administrativa. Las autoridades estatales con base en los artículos 209 y 210 *ab initio*, al ejercer funciones públicas cumplen actividades y gestiones administrativas, tales como expedir actos administrativos. El mentado artículo 238 retoma en su integridad el artículo 193 de la Constitución de 1886, en la versión de la reforma de 1945. Sin embargo, lo adiciona en lo siguiente: “a los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

Dicha anexión plantea dos aspectos: 1) Nueva etapa de constitucionalización de la suspensión: cesación temporal de los efectos jurídicos del acto. “Estado de latencia o suspenso de los actos administrativos”. En efecto, la institución jurídico administrativa de la suspensión es de “los efectos de los actos administrativos”. Esto indica que la suspensión es una institución que se concreta en la inaplicabilidad temporal del acto, por hallarse provisionalmente cesados sus efectos jurídicos mediante una providencia judicial de la jurisdicción contencioso administrativo. La cesación temporal de los efectos administrativos en el derecho público colombiano se constituciona-

lizan de tal modo que hoy por hoy, no queda duda que la suspensión apunta a cesar provisoriamente los efectos jurídicos del acto en tanto dure la medida decretada judicialmente dentro de un procedimiento judicial previo y al cual se halla vinculada para garantizar su terminación normal y efectiva y evitar que si es un acto de naturaleza subjetiva, no siga causando daños o perjuicios a las personas (directa o indirectamente afectadas) que el acto involucra, o si es de naturaleza objetiva no siga produciendo efectos contrarios al ordenamiento jurídico vigente en contra de personas indeterminadas. La eficacia jurídica del acto al encontrarse suspendido los efectos jurídicos del mismo, cesan provisionalmente y por tanto, no podrá aplicarse directa o indirectamente por sus actores ni tampoco podrá ser obligatorio para los destinatarios determinados o determinables. No podrán ser reproducido por quien lo expidió si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas previamente por la jurisdicción administrativa. Sin embargo, la presunción de constitucionalidad o de legalidad (“principio de legalidad”) presupone que todo acto administrativo por estar suspendido sus efectos, no se desvirtúa plenamente sino que queda en estado de latencia o en suspenso en tanto no se haya producido la sentencia judicial definitiva que decreta la nulidad del acto administrativo (Auto de 30 de abril de 1979, Auto de abril 21 de 1986 del C. de E.). La medida suspensoria es una figura excepcional y restrictiva, derivada del principio de legalidad (Sentencia de Abril 30 de 2014 del C. de E.). En consecuencia, la figura jurídico administrativa de la suspensión en términos de la Constitución de 1991, se plantea como una institución adoptable en forma exclusiva y excluyente de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁷, previo un procedimiento judicial, con naturaleza jurídica de medida cautelar por estar vinculada a un proceso jurisdiccional y con la virtualidad de cesar temporalmente los efectos jurídicos del acto, en tanto dure el procedimiento y se decreta mediante sentencia si se declara o no definitivamente la nulidad del mismo.

La suspensión implica de suyo que el acto es impugnabile ante la jurisdicción. La segunda parte del texto final del artículo 238, constitucional, que dispone: “que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”, establece en criterio nuestro un requisito constitucional pleonástico pues para suspender un acto administrativo (expreso o tácito) se necesita que previamente se haya demandado ante la jurisdicción

¹⁷ De la interpretación literal del artículo 238 constitucional, se deduce esa exclusividad y exclusión. Sin embargo, la suspensión de actos administrativos en procesos constitucionales de tutela y de acciones populares (D.L. 2591/91 y Ley 472/98), parecen desvirtuar esa exclusividad, muy a pesar de que los procesos por acciones populares según el nuevo C.P.A., y C.A., pasó a ser administrativo y no constitucional.

contencioso administrativo vale decir, que el acto es demandable para suspenderlo. Si esto es así resulta innecesario que la norma constitucional exprese que serán objeto de suspensión sólo los actos susceptibles de impugnación judicial, pues desde 1910 hasta nuestros días ninguna otra autoridad que no sea judicial puede suspender la eficacia de los actos administrativos.

La suspensión en la quinta fase se adopta como una medida cautelar, entre muchas otras en el C.P.A., Y C.A. **El Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso administrativo, regula la cautela de suspensión de los efectos del Acto Administrativo, conjuntamente con otras medidas cautelares preventivas, conservativas, anticipativas en los artículos 229 a 241. En estos se plantea los motivos, finalidades, clasificaciones, requisitos y procedimiento para la adopción de las medidas cautelares y en particular, el de la suspensión de actos administrativos dentro del proceso contencioso administrativos de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho y los contractuales. Esto por cuanto el nuevo Código aplicando nuevas técnicas jurídicas procesales, abandona como única medida cautelar la suspensión de los efectos jurídicos de los actos administrativos para implementar una amplia gama de medidas cautelares, aparte de la suspensión.**

La conceptualización de la suspensión de actos administrativos en vigencia del nuevo C.P.A., y C.A., recoge las experiencias doctrinal, legislativa, constitucional y jurisprudencial por la que ha pasado la institución jurídica a través del tiempo como hemos comentado *ut supra*, pero a la vez, vuelve los ojos a la jurisdicción ordinaria, especialmente *ius civilista* para extender el ejemplo y profundidad con la que se ha manejado a las medidas cautelares en el proceso civil desde mucho tiempo atrás. Este aspecto se plasma en doce artículos que regulan las medidas cautelares preventivas, conservativas, anticipativas y de suspensión. Tanto en procedencia, contenido y alcance, requisitos para decretarlas, exigencia de la caución para la mayoría, el procedimiento de adopción de la medida, las medidas de urgencia; levantamiento, modificación o revocatoria de las medidas cautelares; recursos contra el auto que las decreta o niega; la prohibición de la reproducción del acto suspendido o anulado; y, régimen de responsabilidad y sanciones para solicitantes y autoridades que deben acatar y cumplirlas.

2. Relevancias de la suspensión como medida cautelar en el c.p.a., y c.a.

La suspensión de actos administrativos como medida cautelar en el procedimiento contencioso administrativo colombiano, como se ha sostenido, surge de la calificación legal que le diera la Ley 130 de 1913 y las posteriores leyes especiales que reglamentaron la Constitución de 1886. El carácter cautelar de la suspensión ha permanecido vigente en el ámbito legislativo colombiano con la Ley 167 de 1941 y posteriormente con el Decreto-Ley 01 de Enero 2 de 1984 o C.C.A., modificado por el D.E., 2304 de 1989 y la Ley 446 de 1998 y actualmente la con expedición de la Ley 1437 de 2011 o C.P.A., y C.A. La suspensión de actos constituye una medida cautelar de la eficacia de los actos administrativos, adoptada por autoridades y procedimientos judiciales, tras la petición expresa y sustentada del actor o persona interesada en preservar, mantener o evitar que se vulnere el ordenamiento jurídico vigente o se cause un perjuicio o siga produciendo un perjuicio real con el acto impugnado.

La suspensión es una medida cautelar arbitrada en el proceso declarativo contencioso administrativo tradicional y en los incorporados por el C.P.A., y C.A. El artículo 229-1 del C.P.A., y C.A. dispone como regla general que las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo se adoptarán en los procedimientos declarativos arbitrados ante la jurisdicción especial, con la clara finalidad de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, pero también en el caso particular de la medida cautelar suspensoria de los actos administrativos, para proteger los derechos fundamentales de las personas y evitar se causen o se sigan causando daños y perjuicios por la ejecutividad o ejecutoriedad de los actos administrativos de carácter particular (Auto de Noviembre 6 de 2014, Sección Quinta del C. de E.), o de carácter general en los que se incorporen derechos fundamentales (conocidos en doctrina como actos mixtos o *actos condición*); o bien, para evitar se siga vulnerando, desconociendo o quebrantando el ordenamiento jurídico vigente, cuando se trata de actos administrativos de carácter general, abstracto, impersonal u objetivos.

El jurista Arboleda Perdomo (ARBOLEDA PERDOMO, 2012), considera que en el ámbito contencioso administrativo sólo son admisibles dos

tipos de procesos: los declarativos y los ejecutivos, pues no se regulan procesos de jurisdicción voluntaria, los de liquidación ni los arbitrales existentes en la jurisdicción ordinaria, según la clasificación del C.G.P. En consecuencia, cabe la aplicación de medidas cautelares en los procesos declarativos, pero sólo aquellos en los cuales la jurisdicción contencioso administrativo tengan “por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela” (Sentencia de Junio 10 de 2014, Sección II, Subsección A del C. de E.), según lo dispone el parágrafo único del artículo 229 *ibídem*. Igualmente, cabe la cautela de suspensión del acto administrativo en los procesos contencioso administrativo electoral (elección o nombramiento), según el inciso final del artículo 277 y 296 del C.P.A., y C.A., a tenor del Auto de Julio 17 de 2014, Sección Quinta del C. de E. En los tres grupos de los procesos declarativos que tienen por finalidad (i) la defensa y protección de los derechos constitucionales, legales o normativos; (ii) defensa y protección de derechos colectivos; y, (iii) protección y defensa de los derechos fundamentales a través de las acciones de tutela, cabe la medida cautelar de suspensión de los efectos de los actos administrativos. En efecto, la cautela suspensoria de los efectos jurídicos del acto administrativo está presente cuando se ejercita los medios de control judicial de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho, contractual, en las acciones populares o de grupo y en las acciones de tutela.

La suspensión tiene como finalidad principal proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Las medidas cautelares, al tenor de la parte *in fine* del artículo 229 y su parágrafo único del C.P.A., y C.A., cumplen las siguientes finalidades (i) *de* “carácter material”, al propender por el cumplimiento del objeto del proceso; (ii) *de* “carácter asegurativo”, como es la efectividad de la sentencia; y, (iii) *de* “carácter garantista”, como lo es la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos.

Respeto a la primera finalidad es apenas obvia, pues la *pendentia Litis* a la que está sometida la medida cautelar suspensoria del acto presupone la existencia de un proceso judicial contencioso administrativo objetivo, subjetivo, mixto, contractual, de medios de control popular o de grupo o de tutela, según fuere el caso y donde se controvierten actos administrativos, los cuales han sido impugnados y conjuntamente con la demanda o en escrito separado se ha instaurado la mentada cautela suspensoria. Sí la medida cautelar se puede solicitar desde la presentación de la demanda y

hasta en cualquier momento del proceso, se entiende que una vez decretada en el auto admisorio de la demanda, o en el auto que se decreta en audiencia pública respectiva, sí allí se solicitó, según los artículos 229 y 233 *ibídem*, la finalidad material que cumple dicha cautela es propender porque se cumpla el objeto del proceso según la modalidad del medio de control utilizado; el trámite procedimental seguido con el máximo de garantías sustanciales y procesales (debido proceso, el derecho de defensa y la principalística del procedimiento); los derechos y deberes de las partes involucradas en el proceso y las actuaciones oportunas y pertinentes del Ministerio Público y las diligencias, audiencias y decisiones de la autoridad judicial competente.

Respecto de la segunda finalidad, es la “efectividad de la sentencia”. Esta es la finalidad asegurativa de las medidas cautelares, porque persigue que mientras esté vigente la cautela, no se haya revocado o levantado (artículo 235 *ibídem*), se produzca inexorablemente la sentencia en el proceso contencioso administrativo, para que quien solicitó en la demanda o en escrito separado la instauración de la cautela obtenga como premio a sus esfuerzos sustanciales y procesales el reconocimiento y tutela jurídica de sus derechos, indemnizaciones por los perjuicios y daños ocasionados con el acto impugnado y suspenso hasta el momento de expedir la sentencia en el proceso. En la sentencia a la vez que se determina en forma definitiva sobre la prosperidad o no de las pretensiones (declarativas y de condena) de la demanda, los argumentos de defensa del demandante, se determina sobre la legitimidad o legalidad de las medidas cautelares y es precisamente en este instante donde se da cuenta el sujeto cautelante como el cautelado que la medida cautelar cumplió su cometido de servir de vehículo sustantivo y procesal para que se produzca la efectividad real de la sentencia.

Y la tercera finalidad, es la “decisión sobre la medida cautelar suspensoria no implica prejuzgamiento”. El prejuzgamiento en la adopción de la medida cautelar suspensoria de los actos administrativos, siempre estuvo presente en quienes pensaban que el juez administrativo al analizar que el acto impugnado era violatorio del ordenamiento jurídico en forma palmaria u *ostensible* y consecuentemente decidir en el auto admisorio de la demanda la suspensión de los efectos jurídicos del acto, no se hacía otra cosa que decidir sobre el fondo de la vulneración del ordenamiento jurídico o no del acto impugnado, actuación judicial que sólo la debía hacer el juez administrativo en la sentencia y no en un auto inicial del proceso como era el admisorio de la demanda. Como lo comenta el jurista Arboleda Perdomo¹⁸, esta forma de

18 Vid. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique J., *Comentarios al nuevo...*, p. 354

pensar de un sector de la doctrina se trasladó a la llamada jurisprudencia clásica, que sostenía: “efectuar un análisis de fondo en el auto que resuelva la petición de suspensión provisional conlleva un prejuzgamiento”. Por esta razón, el artículo 229-2° del C.P.A., y C.A., termina en forma fulminante cualquier duda sobre los efectos inmediatos de la cautela de suspensión, al decir que la “decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”, puesto que las medidas cautelares obedecen a unos parámetros legales tanto en la petición, los requisitos de forma y de fondo para solicitarla, tanto como la forma y condiciones para la adopción de la medida.

En efecto, la petición de suspensión conjuntamente con la demanda o en escrito separado: (i) “razonablemente fundada en derecho”, (ii) “demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados”, (iii) anexado prueba documental o idónea, pertinente y conducente, “que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla”; (iv) distinguir la naturaleza jurídica del acto administrativo objetivo o subjetivo y en base a ello reunir los requisitos exigidos para decretar la medida cautelar, según el artículo 231-1° *ibidem*; y, (v) Con base en todo lo anterior, el juez o magistrado ponente, “en providencia motivada” podrá decretar la medida cautelar suspensoria (artículo 229-1° *ibidem*). Esto desvirtúa que al decretar la cautela suspensoria en el auto admisorio de la demanda o en el auto verbal en audiencia pública en cualquier estado del proceso (artículo 233-1° *ibidem*), se prejuzgue sobre el análisis jurídico del fondo del acto impugnado. En este sentido la Sentencia de Mayo 21 de 2014 del C. de E.

La suspensión de actos administrativos adoptada en los procesos contencioso administrativos, sea cual fuere el medio de control o acción arbitradas se regirán por las normas del C.P.A., y C.A. La suspensión de los actos administrativos decretada por parte de la jurisdicción contencioso administrativo, a partir del nuevo C.P.A. y C.A., unifica la finalidad, trámite procesal, efectos jurídicos y normatividad aplicable a la cautela suspensoria adoptada en los procedimientos contencioso administrativos objetivos y subjetivos clásicos con aquellos procedimientos denominados constitucionales, tales como los iniciados con las *acciones populares o de grupo* (artículo 88 constitucional) y las *acciones de tutela* (artículo 86 *ibidem*), en los cuales se puede adoptar la medida cautelar de suspensión de los actos administrativos para proteger y garantizar los derechos e intereses colectivos y los derechos fundamentales, respectivamente. En efecto, el inciso 1° del artículo 229 del

C.P.A., y C.A., dispone que la medida cautelar suspensoria se adopta en los procesos contencioso administrativos declarativos (objetivos y subjetivos), así como la adoptada en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela. A todos estos procedimientos se aplicarán los artículos 229 a 241 del nuevo Código y “podrán ser decretadas de oficio” (parágrafo único del artículo 229 *ibídem*) también.

La suspensión de la eficacia de los actos administrativos no es la única medida cautelar arbitrada en el proceso contencioso administrativo, pero el ancestro de la cautela suspensoria en éste proceso sí es único. En efecto, a partir del nuevo Código la suspensión de la eficacia de los actos administrativos deja de ser la cautela estrella por antonomasia, para convertirse en una más de las pléyades de las cautelas administrativas que vienen a circundar el cielo jurídico procesal del proceso contencioso administrativo para blindarlo de más mecanismos de protección y defensa de los derechos e interés colectivos y fundamentales de quienes solicitan la tutela jurídica de la jurisdicción especial al impugnar un acto administrativo.

Hasta antes del Código de 2011, la suspensión era la única cautela arbitrada en el proceso contencioso administrativo objetivo, subjetivo y contractual, que con sus altibajos en la utilización por los titulares de actos impugnados como en la adopción por parte de los jueces administrativos, porque oscilaba entre no solicitar la suspensión porque en la mayoría de las veces se negaba por la justicia administrativa que exigía la demostración ostensible, palmaria del ordenamiento jurídico para suspender actos objetivos, o además de esta vulneración ostensible, la prueba sumaria del perjuicio o daño irrogado con el acto impugnado, para los actos subjetivos. En uno y otro caso, crecía la incertidumbre y la cautela fue siendo real y gélidamente accesorio del proceso contencioso de nulidad, resarcitorio o contractual, al punto que se esperaba con ansias la decisión de la sentencia. El nuevo Código cambia este panorama y aunque la suspensión es una más de las posibles medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, ahora contamos con un régimen jurídico general y especial de las medidas cautelares, con finalidades materiales, sustanciales, asegurativas, de *pendentia Litis*, de *periculum in mora* y de protectoras y defensoras de derechos e interés colectivos y derechos fundamentales que hacen más atrayente para titular de un acto administrativo impugnado utilizar las cautelas y en particular la suspensoria para evitar que se sigan causando daños

y perjuicios con un acto administrativo cuestionado jurídicamente (art. 137 C.P.A., y C.A).

La suspensión tiene unos requisitos sui generis en la adopción de la cautela, según se trata de actos subjetivos o de actos de carácter general. En el fondo los requisitos para solicitar la cautela suspensoria de actos administrativos de carácter general u objetivos y los de carácter particular o subjetivo, siguen siendo los mismos previstos en el artículo 152 del C.C.A. Sin embargo, existen claras diferencias no solo en la redacción del artículo, sino en el contenido y finalidades perseguidas por el legislador de 2011. En efecto, si lo que se pretende es solicitar la suspensión de actos objetivos dentro de un procedimiento contencioso administrativo, el actor o demandante deberá demostrar en el escrito de demanda que existe “violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en el escrito separado”, según lo estipula el artículo 231-1º del C.P.A., y C.A. En cambio, el artículo 152-2º del C.C.A., exigía que “haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma...”

La diferencia es evidente, el actual Código sólo exige demostrar la “violación de las disposiciones invocadas”, en tanto el C.C.A., exigía la “manifiesta infracción” del ordenamiento jurídico (ostensible o palmaria). Más aún el actual Código exige que “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”, según el inciso 1º del artículo 231 *ibidem*. La violación de las disposiciones invocadas entonces, puede darse: (i) por confrontación normativa entre las normas superiores del ordenamiento jurídico y las normas invocadas por el actor del acto impugnado; o (ii) por el estudio analítico de las pruebas adjuntadas con la solicitud de la cautela. El C.C.A., en el artículo 152-2º *in fine* proponía en forma más restrictiva demostrar la “confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”. En este sentido la Sentencia de Mayo 8 de 2014, Sección Cuarta del C. de E.

Hoy por hoy, para poder solicitar la suspensión de los actos administrativos se exige la demostración de la violación de las disposiciones invocadas pues los requisitos de hecho y de derecho en los que se funda la demanda o el escrito de petición por separado de la cautela que se presenta, razonablemente fundados en derecho permiten deducir que la solicitud de la cautela no es superficial, así como tampoco son insignificantes los medios de prueba idóneos y conducentes que adjuntan a la petición cautelar. Ahora

bien, cuando se pretende la solicitud de la medida cautelar suspensoria de los actos administrativos de carácter particular y concreto o actos subjetivos dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho, en los cuales se persigue además la indemnización de perjuicios “deberá probarse sumariamente la existencia de los mismos”, pues además de la violación de las disposiciones invocadas, pues al acumularse la pretensión de simple nulidad a la de restablecimiento del derecho, “se debe tener en cuenta la noción de restablecimiento automático”¹⁹.

La caución en la adopción de la suspensión de actos administrativos no se exigirá en casos expresamente eximidos por el C.P.A., y C.A., pero en los demás, es la regla general. Al tenor del artículo 232 del C.P.A., y C.A., el solicitante de una medida cautelar, deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que puedan ocasionar con la medida cautelar. El juez o magistrado ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución. El Inciso 2º del mentado artículo exceptiona la exigencia de la caución en los siguientes casos: (i) cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos; (ii) de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos; (iii) de los procesos de tutela; (iv) ni cuando el solicitante de la cautela sea una entidad de derecho público. Este numerus clausus exceptivo de la no exigencia de caución, predispone que la regla general es la obligatoriedad de la caución para garantizar que no se ocasionen perjuicios a las personas o sus bienes contra quienes se decreta la cautela.

En el derecho colombiano está claro la no exigencia de la caución en el caso de solicitud de la cautela dentro de los procesos contencioso administrativo objetivos, es decir, en los que se demanda los actos administrativos de carácter general. En efecto, el jurista Arboleda Perdomo, al interpretar el artículo 232 del C.P.A., y C.A., manifiesta que no se exige caución alguna (juratoria, personal o real²⁰), en la suspensión de esta clase de actos administrativos no sólo porque históricamente la legislación anterior no lo permitía, sino porque el objetivo de las demandas de nulidad simple es la preservación del ordenamiento jurídico vigente e instada por cualquier ciudadano. Pero si se trata de actos de carácter particular, el autor pone ejemplos de derecho laboral administrativo y procesos concursales y concluye que el tema de “valorar los perjuicios cuando está de por medio el interés general es algo difícil...será complicado determinar el posible

19 Vid. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique J., *Comentarios al nuevo...* p. 360

20 Fedrini, Pablo, citado por ARBOLEDA PERDOMO, Jaime. Ob., *ut supra* cit., p. 365.

perjuicio que se pueda generar”, y peor aún en caso de que la “sentencia sea desfavorable al demandante”. Con lo cual estaría pensando que la caución sí procede en el caso de actos de carácter particular, porque en ellos en la mayoría de los casos está presente la indemnización, el daño, el perjuicio tras la amenaza, vulneración, desconocimiento o transgresión de un derecho fundamental y de contenido patrimonial. La caución en el derecho ibérico se exige para ciertos actos administrativos de contenido general como de contenido particular, siempre que se reúnan unos requisitos más de fondo que de forma y que a juicio del juzgador sea pertinente, conducente y oportuna fijar la forma de caución y su cuantía si es patrimonial. La Doctrina, por su parte al respecto ha manifestado: “La caución se instrumenta como una carga procesal y *conditio iuris* de la eficacia de la propia medida cautelar ya que la medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos...” (RODRIGUEZ-ARANA).

La suspensión de los actos puede solicitarse desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso. El nuevo C.P.A., y C.A., con criterio amplio permite al actor, demandante o solicitante de una medida cautelar suspensoria del acto hacerlo desde la presentación de la demanda, conjuntamente con ésta o en escrito fundamentado de hecho, derechos y pruebas, por separado. Esta forma diferente de presentación de la solicitud de la medida cautelar, también significa el diverso momento en el cual podrá hacerse la solicitud, pues cuando se hace la petición de la cautela conjuntamente con la demanda se entiende que será siempre antes de ser ésta admitida mediante auto correspondiente. En cambio, cuando se presenta en escrito separado fundamentado se entiende que podrá hacerse inclusive hasta después de admitida la demanda mediante auto respectivo y cabe también la posibilidad de ser presentada “nuevamente”²¹.

Arboleda Perdomo, al comentar la presentación de la “nueva solicitud” de cautela, expresa que esto es posible porque la parte *in fine* del artículo 233, lo posibilita al decir que si se presentan “hechos sobrevinientes y con ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto”²² cabrá la solicitud de cautela suspensoria. Igualmente se podrá presentar la cautela en cualquier momento del proceso, según lo dispone el artículo 233-1º *ibidem*. Esto significa que el interesado en la adopción de la cautela no quede circunscrito a la presentación tan solo con la demanda y hasta cuando se

21 ARBOLEDA PERDOMO, Jaime. Ob., *ut supra* cit., p. 366

22 Ob., *ut supra* cit., p. 367

expida el auto admisorio de la demanda, como sucedía en forma restrictiva en el C.C.A. del 84-89, sino que tiene la posibilidad de presentar solicitudes de cautela en “cualquier estado del proceso”, con lo cual el compás se abre con suficiente garantismo procesal para el actor o demandante, en la solicitud inicial de la cautela como en la petición de revocatoria o modificación de la misma, según lo estipula el artículo 235 del C.P.A., y C.A.

La suspensión podrá ser modificada o revocada si se prueba que no se cumplieron los requisitos para la adopción o los fundamentos para la adopción ya no existen o se han superado. La alta versatilidad con la cual maneja el sistema de medidas cautelares el legislador de 2011, permite tanto al actor o demandante, como al demandado o “el afectado con la medida”, poder hacer uso de sus respectivos poderes y atribuciones que prevé el artículo 235 del C.P.A., y C.A. En efecto, mientras al actor o demandante le permite solicitar en cualquier estado del proceso la modificación o revocatoria de la cautela suspensoria, al demandado o afectado le otorga la facultad de poder solicitar el levantamiento de la misma, prestando caución en uno y otro casos, a satisfacción del juez o magistrado ponente. La medida cautelar entonces, podrá ser modificada o revocada, de oficio o a petición de parte cuando el juez o magistrado ponente advierta que: (i) no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento, (ii) estos ya no se presentan, (iii) fueron superados; y, (iv) es necesario variarla para que se cumpla. En todos estos casos se requerirá de caución.

Por su parte el demandado o el afectado podrán solicitar el levantamiento de la medida cautelar suspensoria, prestando caución a satisfacción del juez o magistrado ponente en los casos en que sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar. Es perfectamente válida la solicitud de levantamiento de la cautela suspensoria, siempre que se rinda caución y “se garantice la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar”. Las decisiones relativas al levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno, según lo previene el artículo 236 del C.P.A., y C.A., esto con el fin de no dilatar innecesariamente el procedimiento contencioso administrativo y porque la solicitud de estas formas de transformación de la medida cautelar suspensoria no son facultades meramente discrecionales sino regladas del juez o magistrado ponente cuando son adoptadas, mediante auto motivado, bien sea a instancia de parte o de oficio.

Régimen de responsabilidad para el solicitante de la suspensión del acto cuando se considere que su decreto era improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria. La previsión del artículo 240 del C.P.A., y C.A., dentro del régimen de suspensión de los actos administrativos es novedoso, no solo porque no se establecía en el C.C.A. del 84-89, sino porque regula un sistema de responsabilidad especial para el actor o solicitante de una medida cautelar suspensoria, salvo en los casos de la suspensión de actos administrativos de carácter general u objetivo. En efecto, la norma referenciada, persigue deducir responsabilidad, “cuando la medida cautelar sea revocada en el curso del proceso por considerar que su decreto era improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria, el solicitante responderá patrimonialmente por los perjuicios que se hayan causado, los cuales se liquidarán mediante incidente promovido dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia”. Este trámite procedimental se desenvolverá a través de un incidente procesal y la decisión que se adopte no tendrá recurso de apelación o de súplica, según el caso. El jurista Arboleda Perdomo, al analizar este sistema de responsabilidad especial del peticionario de la medida cautelar y que luego fue revocada o se consideró improcedente en el transcurso del proceso, plantea una duda sobre el verdadero régimen de responsabilidad adoptado por el legislador de 2011²³ y en consecuencia, no se podría deducir responsabilidad por un hecho lícito iniciado por el peticionario de una medida cautelar que la fundamentó en derecho y que la autoridad judicial en su momento la decreto, pero que hechos sobrevinientes o posteriores dieron base para revocarla o considerarla improcedente, pese a que ese no era su inicial propósito o razonamiento jurídico al solicitarlas.

Régimen de sanciones para quienes incumplan la cautela suspensoria. El legislador de 2011, también se preocupó de las “autoridades estatales”, la Administración Pública estatal o las personas particulares con función administrativa, que incumplan la medida cautelar decretada debida y legalmente por las autoridades judiciales. Efectivamente, según el artículo 241 del C.P.A., y C.A., se podrá sancionar a quienes incumplan la medida cautelar, previa apertura de un incidente de desacato y como consecuencia de aquél, se podrá “imponer multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento hasta por el monto de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo del renuente, sin que sobrepase cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes”. La sanción se

23 ARBOLEDA PERDOMO, Jaime. Ob., *ut supra* cit., p. 372.

impondrá al representante legal de la entidad o director de entidad pública o al particular responsable del cumplimiento de la medida cautelar por el mismo funcionario judicial que profirió la orden. El trámite es incidental (“incidente de desacato”) y la decisión que allí se adopte es recurrible en apelación en los procesos de doble instancia y de súplica en los de única instancia. La parte *in fine* del artículo 241 *ibidem*, crea una nueva falta grave para los funcionarios o *autoridades* estatales que incumplan los términos para decidir sobre una medida cautelar y en el caso particular para adoptar la cautela suspensoria de actos administrativos.

3. Características o atributos de la suspensión

Las características o atributos de la institución de la suspensión de los efectos de los actos administrativos, se originan en la regulación pre y post constitucional a 1991 y en el vigente C.P.A., y C.A. Las principales son:

Ab initio, la naturaleza jurídica mixta de la suspensión. Históricamente la suspensión en los inicios de la Constitución de 1886, surgió como una institución adoptable por los funcionarios administrativos (El Gobernador, en particular) y por la “autoridad judicial”, para evitar graves perjuicios a las personas. La suspensión tenía una naturaleza jurídica mixta: de índole administrativo y de carácter jurisdiccional. A partir del Acto Legislativo Núm. 3° de 1910, reformatorio de la Constitución de 1886, se excluye la función de adopción de la suspensión en vía administrativa y se erige en forma exclusiva y excluyente de la vía jurisdiccional administrativa.

La suspensión como la excepción al principio de ejecutoriedad del acto. La suspensión como excepción al principio de ejecutividad, ejecutoriedad u obligatoriedad de los actos administrativos de carácter departamental y municipal, surgió en el Acto Legislativo 3° de 1910, cuando se dispuso por normas separadas que las Ordenanzas de las Asambleas Departamentales, como los Acuerdos de los Concejos Municipales, serían “ejecutivas y obligatorias”, mientras no sean suspendidas o anuladas por la autoridad judicial competente. “Los particulares agraviados por los actos de los Concejos Municipales podrán ocurrir al juez, y éste por pronta providencia, suspenderá el acto denunciado por causa de inconstitucionalidad o ilegalidad” (artículo 64 del A.L.10/1910). Esta característica de la

suspensión se ha mantenido hasta nuestros días, y aunque tácitamente en el ámbito constitucional (artículo 238), en el sector legal en forma expresa (Ley 136 de 1994). La jurisprudencia actual del Consejo de Estado la ha asimilado a la excepción al principio de legalidad (C.E., Auto de abril 21 de 1986 y Sentencia de enero 30 de 1997). En parecidos términos la sentencia de la Corte Constitucional C-069-95.

La suspensión como excepción al principio de la presunción de constitucionalidad y/o de legalidad. La suspensión como excepción al “principio o presunción de legalidad del acto administrativo”, tiene rango constitucional histórico y constitucional vigente, pues significa que todo acto debe expedirse o crearse de conformidad con el ordenamiento jurídico, vale decir, que no esté en contravía de los textos normativos vigentes, el catálogo de derechos, deberes u obligaciones previstas en las normas superiores de derechos y en el ámbito del Estado social de Derecho. En esta estructura normativa se tiene como base o fundamento la Constitución Política y todos los actos constituyentes (Actos legislativos, Actos de la Asamblea Constituyente o Actos aprobados por medio de referéndum: Artículo 374, constitucional) y todas las normas jurídicas de rango inferior: leyes, decretos-leyes y actos administrativos nacionales, seccionales y locales (artículo 4, constitucional).

La suspensión tiene unos sujetos intervinientes en su conformación. La suspensión como medida cautelar tiene unas connotaciones especiales que dan origen a un tratamiento igualmente especial. Respecto de los sujetos intervinientes en la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto administrativo, en el derecho colombiano son: i) El sujeto Activo: El particular, administrado o persona interesada en la solicitud, adopción y efectividad de la medida cautelar si se solicita en una acción de nulidad o la persona que ha sufrido o está sufriendo un perjuicio real, no hipotético y que evita se siga produciendo un daño, con la solicitud de la medida cautelar, si se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En determinados y específicos momentos puede ser sujeto activo la autoridad estatal o personas particulares con función administrativa si son quienes solicitan la medida cautelar al demandar su propio acto en “acción de lesividad” y con base en la capacidad *ad procesum* que tienen según el artículo 159 C.P.A., y C.A.; y, ii) El Sujeto pasivo. Es la Administración Pública estatal o las personas particulares con función

administrativa que expidieron el acto administrativo. Genéricamente se ha denominado *autoridades* estatales, según el artículo 2-1º del C.P.A. y C.A.

La suspensión es una medida cautelar que se arbitra solo dentro de un proceso judicial. Es innegable que la suspensión como medida cautelar sólo se arbitra dentro de un procedimiento administrativo (como sucede en el derecho español) o en un procedimiento contencioso administrativo (como sucede en el derecho ibérico y el derecho colombiano) de nulidad del acto o la disposición administrativa (como se denomina a los actos objetivos en el derecho ibérico, según la LRJAP y PC de 1992). Esto es lo que se llama *pendentia litis*²⁴. Por eso, *ab initio* no es viable la existencia de una medida cautelar por fuera del proceso, o una cautela extra-procesal porque desvirtúa la propia naturaleza de la medida que es precisamente el aseguramiento de una resolución, fallo o sentencia en un procedimiento (elemento asegurativo de la medida) y el que se frene, prevenga o termine temporal o definitivamente los perjuicios o daños ocasionados con la expedición del acto administrativo (elemento teleológico de la medida).

La suspensión de los efectos de un acto administrativo es un fenómeno jurídico administrativo de naturaleza temporal. El carácter *pro tempore* con el que se dicta una medida cesatoria de la eficacia del acto es uno de los más relevantes y caracterizadores de la suspensión, pues no puede existir cautelas suspensorias intemporales o sin límites en el tiempo ya que estas desvirtúan la naturaleza jurídica y finalidades perseguidas por la medida. En el derecho procesal administrativo colombiano, la cautela suspensoria se adopta en el auto de admisión de la demanda y permanece vigente hasta cuando se dicta sentencia judicial definiendo si es o no nulo el acto administrativo. Si se encuentra conforme con el acto con el ordenamiento jurídico se ordenará en la sentencia levantar la medida cautelar suspensoria y el acto recobrará su eficacia cesada temporalmente; en cambio, si se confirma su enfrentamiento con el ordenamiento jurídico, la cesación temporal también termina para transformarse en algo superior la nulidad del acto que significa que este deja de existir del mundo jurídico o

24 RIASCOS GOMEZ, Libardo O. *Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo*. Tesis doctoral, Universidad de Navarra, Pamplona (España), 1986, p.540.

si alcanzó a producir efectos, como si nunca hubiera existido²⁵ (efectos *ex tunc* de la sentencia).

La suspensión jurisdiccional del acto administrativo se diferencia de la suspensión de la relación laboral adoptada en los procesos administrativos disciplinarios. En efecto, la suspensión del acto administrativo, se distingue de la suspensión de empleo y sueldo de los servidores del Estado de cualquier nivel jerárquico y ámbito territorial, que aunque es una medida cautelar no de los efectos jurídicos (suspensión del acto), sino una cautela suspensoria de una relación jurídica laboral²⁶. La razón de la distinción es que la suspensión de los efectos o la eficacia del acto en el derecho procesal colombiano sigue siendo desde 1910 hasta nuestros días como una medida cautelar solicitada, decretada y efectivizada en vía jurisdiccional. En cambio, la suspensión de la relación laboral, es de naturaleza jurídica mixta: (i) Es de naturaleza jurídica administrativa, sí la suspensión adopta en los procedimientos administrativos disciplinarios denominados de control endógenos o promovidos por la misma Administración Pública o *autoridades* estatales o, por el Ministerio Público (Procurador General de la Nación, Procuradores Delegados, Provinciales y Regionales y el Personero Municipal) en los procesos denominados de “control exógeno” o de la actividad y conducta funcional nacional, seccional y local (artículos 6, 118, 122 a 125, 209, 275 a 284, constitucionales; Ley 3ª y Decreto-ley 1222/86, Ley 136 de 1994, Leyes 190 y 734 de 2002, principalmente); y (ii) Es de naturaleza jurídica jurisdiccional, sí la adopta la Sala jurisdiccional disciplinaria, del Consejo Superior de la Judicatura o los Consejos Seccionales de la Judicatura, en los procesos *jurisdiccionales disciplinarios* que adelanta contra empleados y funcionarios judiciales y contra los abogados en ejercicio (artículos 6, 122 a 125, 254 a 257, constitucionales; Ley 270 de 1996 y Ley 1123 de 2007). En otro trabajo cuestionamos esta naturaleza jurídica jurisdiccional, porque seguimos convencidos que no solo la medida sino el procedimiento disciplinario son de naturaleza administrativa, pese a la vía o ámbito donde se arbitre dicho procedimiento (RIASCOS GOMEZ, 2010)

La suspensión es una cautela jurisdiccional que cabe contra todo acto administrativo. La suspensión es una institución jurídico administrativa que por principio cabe contra todos los actos administrativos, bien sean de naturaleza jurídica objetiva, subjetiva o mixta (actos-condi-

25 O., Ob., *ut supra* cit., p. 550

26 Ob., *ut supra* cit., p.278 a 325

ción), o bien contra actos administrativos expresos o tácitos (artículo 238, constitucional; artículos 1, 74, 83 a 86, 137 y 138 del C.P.A., y C.A.). Es obvio que es susceptible de suspensión todo acto que ha sido impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa, y por ello, resulta fútil como se comentó *ut supra*, que la parte *in fine* del artículo 238 de la Constitución haya elevado a requisito constitucional la frase de que sólo son objeto de suspensión los actos “susceptibles de ser impugnados por vía judicial”. Sin embargo, esta aclaración debió servir en vigencia del derogado C.C.A del 84, cuando: i) sí existían excepciones *numeros clausus* que excluían la suspensión de los actos, por ejemplo, en materia electoral (que hoy sí cabe la cautela), en situaciones varias de movilización de personal militar o educativo, en materia tributaria y en acciones prescritas; y, ii) existió la mal llamada “suspensión provisional en prevención”, contra los actos de trámite, ejecución o los preparatorios de supuestos actos definitivos que podían resultar inconstitucionales o ilegales, si se expedieran.

La medida cautelar de cesación de la eficacia del acto cabe en toda aquella acción contencioso administrativa en las cuales se controvierta la validez, existencia o eficacia del acto administrativo. Sin embargo, si se trata de la acción de nulidad, basta con demostrar la manifiesta violación del ordenamiento jurídico, tras la petición y sustentación de modo expreso de la trasgresión, puntualizando y dando el concepto de violación de las normas en forma breve pero precisa. La simple comparación del acto impugnado con el ordenamiento jurídico vigente proporciona o no su quebrantamiento. En cambio, si la acción elegida por motivos y razones personales y jurídicas, es la de nulidad y restablecimiento del derecho (acción resarcitoria), el actor de la solicitud, la adopción y la efectividad, deberá además de lo previsto para la acción de nulidad, deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado cause o podría causar al actor (artículo 231 y 3° del C.P.A., y C.A.). Por lo anterior, el Consejo de Estado en Auto de julio 18 de 1990 manifestó: “Constituye carga procesal del actor la de efectuar la debida escogencia de las disposiciones que, a su juicio, ofrecen las características que autorizan la suspensión provisoria y así indicarlas al juzgador, para que éste concentre su atención y análisis en ellas y tome la decisión que en derecho correspondiere”... “De no hacerse como quedó indicado la petición de suspensión provisional del acto administrativo no puede prosperar” (C. de E. Auto de abril 27 de 1984).

Los efectos jurídicos de la suspensión como medida cautelar contencioso administrativa son diversos²⁷. En efecto, son los siguientes: (i) “Impedir que un acto flagrantemente violatorio de la ley continúe surtiendo efectos en el tiempo y evitar que se cause o que se prolongue un perjuicio inferido injustamente” (C. de E., Sección Segunda, Auto de 3 junio de 1992); (ii) suspender *pro tempore* la eficacia del acto o la ejecutoriedad u obligatoriedad mientras dure la adopción de la medida y hasta cuando se dicte sentencia judicial de nulidad o no del acto administrativo. Sí se declara la nulidad del acto la sentencia tendrá la virtualidad de cosa juzgada con efectos *erga omnes*. Sí se niega la nulidad, la cosa juzgada sólo se producirá en la relación con la *causa petendi* juzgada (artículos 91, 229, 235 y 267 C.P.A., y C.A); (iii) Como efectos jurídicos asegurativos, la medida cautelar propende por la terminación normal y efectiva del procedimiento jurisdiccional con sentencia, y como efectos finalísticos o teleológicos el que se frene o termine los perjuicios que cause el acto al actor o personas interesadas con la suspensión y/o nulidad del acto; (iv) Los efectos jurídicos de la medida siempre son temporales y supeditados a un procedimiento judicial administrativo; (v) Los efectos jurídicos de la medida son *ex nunc*, no retroactivos, a diferencia de la declaratoria de nulidad cuyos efectos son *ex tunc*, rebasan a los efectos temporales de suspensión en esencia, forma y contenido; y, (vi) Los efectos jurídicos de la suspensión no prejuzgan, ni apuran la esencia del quebrantamiento del ordenamiento jurídico, sino que exponen en forma breve, concisa pero de manera flagrante, de *prima visu* dicho quebrantamiento con carácter temporal. Solo la sentencia judicial del proceso expondrá en forma definitiva el quebrantamiento o no del ordenamiento jurídico por parte del acto impugnado, aun cuando previa y cautelarmente se lo haya suspendido por encontrarse en la comprobación del silogístico jurídico *ut supra* comentado (Premisa Mayor: Ordenamiento Jurídico; Premisa Menor: Acto impugnado; y, conclusión: violación o no de dicho ordenamiento).

La suspensión es una auténtica cautela intra procesal con unas ritualidades *sui generis*. La suspensión de actos administrativos en el derecho procesal administrativo colombiano es de naturaleza jurisdiccional, no sólo por predisposición constitucional (artículo 238), sino por desarrollo legislativo, el trámite procesal, recursos judiciales, las autoridades que la adoptan y efectivizan dentro de un proceso; así como también por los efectos jurídicos asegurativos y finalísticos que ella tiene. En cuanto al trámite

²⁷ RIASCOS GOMEZ, Libardo O. *Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo*. Tesis doctoral, Universidad de Navarra (Pamplona-España), 1986, p. 525

procesal y recursos judiciales que proceden contra la decisión judicial de suspensión provisional del acto (Auto admisorio o inadmisorio de la cautela) adoptada por los jueces administrativo, Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, en los respectivos procedimientos judiciales (de nulidad, nulidad y restablecimiento y/o contractuales donde se impugne actos administrativos) constituyen una tramitación especial de decisión individual, colegiada en la Sala, Sección o Sub-sección del juez, el tribunal o el Consejo de Estado, respectivamente y sometido a precisos términos judiciales de notificación, comunicación, ejecutoriedad y recurribilidad. En todo caso, no existe medida cautelar extraproceso o previas en el proceso, como sí se presentan en el derecho extranjero, en forma excepcional para proteger y garantizar los derechos fundamentales.

Relativa autonomía del Proceso cautelar dentro del proceso contencioso administrativo colombiano. Dentro del proceso contencioso administrativo declarativo de nulidad simple, del resarcitorio de nulidad y restablecimiento del derecho y en el proceso contencioso declarativo e indemnizatorio contractual contra actos administrativos, podrá solicitarse, la medida cautelar suspensoria de los efectos jurídicos del acto conjuntamente con la demanda o en escrito separado que reúne unos requisitos de forma y de fondo (artículos 229 y 230 del C.P.A., y C.A.), según sean de carácter particular o de carácter general (artículo 231-1° *ibidem*) y previa caución, salvo los casos taxativamente señalados en el artículo 232-2 *ibidem*²⁸, para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso (efectos finalísticos de la cautela) y la efectividad de la sentencia (efectos asegurativos de la cautela); es decir, presentarse los tres elementos configurativos de la cautela: la *pendentia litis* (tener existencia dentro de un proceso judicial), *el periculum in mora*²⁹ (el peligro que se deriva de la ejecución del acto) y el *fumus boni iuris*. Este último elemento caracterizador de las medidas cautelares, ha sido introducido por la jurisprudencia, “no sin una lógica polémica, a partir de 1990”³⁰, según lo anota el jurista Rodríguez-Arana, aunque ya desde nuestra primera tesis doctoral en España (1986) en la doctrina lo habíamos analizado y determinado con uno de los elementos indispensables en la teoría general de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo español y colombiano³¹.

28 En el caso de la “suspensión del acto administrativo de contenido general conlleva la protección del interés jurídico...” Vid. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique J., *Comentarios al nuevo Código...* p. 364

29 RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativo en España*. Recuperado En: <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/>

30 *El fumus boni iuris* (la buena apariencia de derecho). *Ob. ut supra cit.*

31 RIASCOS GOMEZ, Libardo O. *Las medidas cautelares...* *Ob., ut supra cit.*, p. 525

Existe un min-proceso cautelar dentro del proceso contencioso administrativo declarativo general, pues existen la etapa de (i) iniciación: a instancia de parte o de oficio por parte del juez o magistrado, si considera necesario para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; (ii) evaluación previa de los requisitos especiales para actos objetivos y subjetivos. Sí es a solicitud de parte, la petición de la cautela, puede ser conjuntamente con la demanda o en escrito separado con unos requisitos diferentes si es acto subjetivo u objetivo; (iv) admisión o inadmisión de la cautela y orden de correr traslado al demandado. Una vez decreta la admisión de la cautela en el auto admisorio de la demanda deberá notificar y correrle traslado de la decisión a la parte demandada, para que esta se pronuncie sobre aquella, dentro del término de cinco (5) días, plazo independiente del que corre para contestar la demanda principal. Si la solicitud de cautela es en el curso del proceso, se dará traslado al demandado como indica el artículo 108 del C.P.C.; (iv) pruebas. Si se solicita la cautela suspensoria dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, “deberá probarse al menos sumariamente la existencia” los daños y perjuicios para solicitar su indemnización; (v) decisión de prosperidad o negación de la cautela. Dentro de los diez (10) días al vencimiento del término de traslado a la parte demandada, preferirá la decisión sobre la cautela, sin lugar a fijación previa de caución que no procede en los casos de suspensión. Si la petición de cautela se hace en audiencia se corre traslado en la misma al demandado, una vez evaluada por el juez o Magistrado podrá decretar la cautela en aquella audiencia. Si la cautela es negada, podrá solicitarse nuevamente, si existen “hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto”; y (vi) “trámite contingente de levantamiento, modificación o revocatoria de la cautela suspensoria”, si se presentan los requisitos, circunstancias y condiciones previstas en el artículo 235 del C.P.A., y C.A. Esta etapa contingente puede ser a instancia de parte o de oficio, “para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar” con la medida cautelar. Esta ritualidad en la solicitud, adopción, ejecutoriedad y efectividad de la medida cautelar y el entorno procesal que encarna como un *mini-proceso* dentro del proceso contencioso administrativo principal, el cual ha generado posiciones doctrinales diversas en el derecho administrativo comparado español, francés e italiano sobre la existencia y autonomía de un proceso cautelar de suspensión o no, aunque se reconozca que éste se halla inmerso en el proceso contencioso ordinario.

CONCLUSIONES

La suspensión de la eficacia de los actos administrativos en Colombia durante su existencia ha sido una institución jurídico administrativa de ancestro constitucional, tanto en la Constitución de 1886 como en la Constitución 1991. Se ha reglamentado ampliamente en la ley 130 de de 1913, en la Ley 167 de 1941, como en el Código Contencioso Administrativo de 1984, reformado por el Decreto 2304 de 1989 y finalmente en la Ley 1437 de 2011 o Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. La jurisprudencia y doctrina nativa y extranjera han producido verdaderos tratados sobre su conceptualización, características, elementos de estructuración, organización y funcionamiento de la suspensión como institución jurídica y como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

La suspensión de la eficacia del Acto Administrativo como medida cautelar en el proceso contencioso subjetivo y objetivo ha alcanzado una relevancia inusitada al servir de medio para proteger y garantizar los derechos constitucionales y legales de quienes la solicitan ante el juez individual como colegiado contencioso administrativo, en tanto se finiquita el proceso judicial de nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho o el proceso contractual cuando se demanda actos administrativos contractuales previos, concomitantes y posteriores.

BIBLIOGRAFIA.

AA.VV. Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. Ed. Legis, Bogotá, 2017

ARBOLEDA PERDOMO, Enrique J., Comentarios al nuevo Código de Procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ed. Legis, Bogotá, 2012

BARRETO VARGAS, Roberto. Apuntes sobre la jurisdicción contencioso administrativo. Tesis de Grado, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1937, p. 47

MORA OSEJO, Humberto. Comentarios al nuevo Código Contencioso administrativo. Cámara de Comercio, Bogotá, 1984.

RIASCOS GOMEZ, Libardo O. Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo del derecho español y colombiano. Tesis Doctoral, Universidad de Navarra (Pamplona-España), junio de 1986

El procedimiento disciplinario de los abogados en la ley 1123 de 2007. Ed. Gustavo Ibañez, Bogotá, 2010

El Acto Administrativo. 3ª ed., Editorial Ibañez, Bogotá, 2016

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativo en España. Recuperado En: <http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/>

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho administrativo. 11ª ed., Ed. Temis, Bogotá, 1997

CIBERGRAFÍA

<http://akane.udenar.edu.co/derechopublico> Revista Electrónica de Derecho Público Mínimo

www.ramajudicial.gov.co Relatoria del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de Colombia.



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

Juan Camilo Páez Jaimes ³²

“Al contrario que en las demás ciencias: en las ciencias se van simplificando cada vez más los procedimientos respecto al pasado; en la jurisprudencia, en cambio, se van complicando cada vez más. Y mientras todas las artes progresan multiplicando los resultados en el empleo de medios más reducidos, la jurisprudencia retrocede multiplicando los medios y reduciendo los resultados”.

Jeremy Bentham

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2017

Fecha de aceptación: 25 de febrero de 2017

Referencia: 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. 149 a 190. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

ABSTRACT: Throughout this article we will describe the current position of the honorable Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice against the reversal of the burden of proof in the Colombian criminal process; Likewise, an analysis at a logical-juridical level of such jurisprudential position,

³² Abogado egresado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

which will result in their coexistence in the legal system legal, mainly with the knowledge standard of “beyond reasonable doubt” required to make a conviction is incompatible, because the principles are violated logical-legal third-party excluded and not contradiction; however, as the result of invalidity of these two standards does not indicate which should be applied, an interpretive criterion will be proposed which will lead to applying the system of knowledge standards, excluding the criterion jurisprudential.

KEYWORDS: Knowledge standard, burden of proof, logical logical validity

RESUMEN: A lo largo del presente artículo se describirá la actual posición de la honorable Sala Penal de Corte Suprema de Justicia frente a la inversión de la carga de la prueba en el proceso penal colombiano; así mismo, se realizará un análisis a nivel lógico-jurídico de tal posición jurisprudencial, el cual arrojará como resultado que su coexistencia en el ordenamiento jurídico, principalmente con el estándar de conocimiento de “más allá de toda duda razonable” exigido para proferir sentencia condenatoria es incompatible, por vulnerarse los principios lógico-jurídicos de tercero excluido y no contradicción; no obstante, como el resultado de invalidez de esta dos normas no indica cuál debe aplicarse, se propondrá un criterio interpretativo que conllevará a aplicar el sistema de estándares de conocimiento, excluyendo el criterio jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Estándar de conocimiento, carga de la prueba, validez lógico-jurídica

INTRODUCCIÓN

En los inicios del juzgamiento criminal se tenían reglas totalmente diferentes a las que hoy en día se conocen, que se apartarían radicalmente de

las garantías que se han conquistado a través de la historia; estas variaciones han perforado en todos los aspectos del proceso como hoy en día lo conocemos; una de las más notorias es la que señala Roxín frente a la forma de decisión de los jueces en aquellas situaciones en las que no se encontraba prueba de los hechos en los que debiera fundamentarse la decisión; así, para tal situación, en aquellos tiempos

el derecho común desarrolló, para el caso de inseguridad en la prueba, la pena por sospecha y la “absolutio ab instantia” para impedir la necesaria absolución, la lucha del iluminismo contra estas instituciones preparó el terreno para el reconocimiento del principio “in dubio pro reo” (1991)

Gracias a tales evoluciones producidas por cambios ideológicos, filosóficos y sociales, como los generados por el iluminismo, entre ellos las ideas de pensadores adelantados a sus tiempos como Voltaire y Beccaria, hoy en día se ha llegado a realidades materializadas en lo que algunos han denominado “cartas de triunfo” (Dworkin, 1990), como la que se puede percibir en el Código de Procedimiento Penal Colombiano cuando establece que toda persona

Se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. (Ley 906, 2004)

Del anterior enunciado normativo pueden ser interpretadas diversas normas, como reglas que se constituyen en órdenes directas de aplicación que deben ser cumplidas a cabalidad o exceptuadas en su totalidad (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993); entre ellas que:

- (i) Le corresponde a la Fiscalía, en representación del estado y las víctimas³³ probar la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado en un grado de conocimiento más allá de toda duda razonable
- (ii) En ningún caso se podrá invertir la carga de la prueba

¶ Pero tales interpretaciones normativas han sido desdibujadas, y suprimidas, a través de la decisiones que en sede de casación ha tomado la Corte Suprema de Justicia en su sala de decisión penal, convirtiendo la regla estática de la carga de la prueba, consagrada en el artículo citado, en una carga que en algunas ocasiones puede ser dinamizada; es decir, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, como se verá, aceptó que el legislador consideró que en *ningún caso* era viable invertir la carga de la prueba, pero que no obstante, existen situaciones en las que es necesario exigirle al acusado que pruebe algunos de los hechos sobre los que el juez necesite conocimiento para fallar o que no ha podido, por diferentes razones, probar la Fiscalía, contrariando, al parecer, los avances que en tal materia ha tenido el derecho procesal penal, y las mismas garantías del ser humano.

¶ Principios como el de presunción de inocencia, la garantía de no autoincriminación, y en general, un debido proceso en materia penal, exigen que el acusado se trate, desde el mismo inicio formal del proceso, como una persona realmente inocente (Urbano, 2006), lo que querría decir, en otras palabras, que este llega al proceso penal con una situación jurídica de inocencia, la cual, precisamente debe ser derruida bajo las pruebas de cargo presentadas por la Fiscalía, siendo este el único requisito exigido por el ordenamiento procesal penal colombiano para proferir sentencia condenatoria, como se verá más adelante.

¶ Por tal razón, este artículo pretende responder la cuestión sobre ¿Cuál es la validez lógico-jurídica de la dinamización de la carga de la prueba en el proceso penal colombiano realizada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia? Para dar una cabal respuesta a tal interrogante se hace necesario

33 A lo largo del presente escrito se hará referencia a la Fiscalía como agente de persecución estatal, no obstante, lo anterior no discrimina la acción penal facultativa por parte del Acusador Privado, incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 1826 de 2017; toda vez que este tiene las mismas obligaciones que la organización estatal. En tal sentido, entiéndase que el acusador privado queda igualmente incorporado, a efectos de este artículo, a las descripciones que se realizan sobre la Fiscalía como agente titular de la acción penal.

realizar algunas presiones de carácter epistemológico sobre la forma en la que el juez en un proceso puede, o debe, conocer; así mismo realizar algunas precisiones sobre los estándares de prueba, para así poder responder, entre otras cosas ¿cuándo un hecho en materia penal se puede tener como probado y por tal razón poder proferir una sentencia en sentido condenatorio en contra de quien está siendo acusado?, a la vez, se tendrá que abordar el concepto de *conocimiento más allá de toda duda razonable*, que es, al parecer el origen de los inconvenientes epistemológicos en materia penal; posteriormente se requiere analizar el tema de *cargas probatorias*, tanto lo dicho por la doctrina como lo establecido por la jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal ha esbozado en torno al tema, para por último, a manera de conclusión realizar un juicio de validez lógico jurídica de la dinamización de la carga de la prueba en el proceso penal colombiano frente al resto del ordenamiento jurídico.

MÉTODO

La presente investigación es de tipo jurídica, descriptiva y propositiva, se basa, a su vez en el análisis documental, normativo y jurisprudencial en donde se aplica el método jurídico; toda vez que lo que se realiza es una revisión de las fuentes secundarias (libros, artículos y demás) para, en un ejercicio interpretativo, compararlas con las posiciones aplicadas en Colombia producto de la legislación y su desarrollo jurisprudencial.

A la vez se intentan cumplir los fines de *lege data* y *data referenda*, es decir, se intenta, en primer lugar, realizar algunos comentarios críticos a la ley, entendida en sentido amplio como integrada por su desarrollo jurisprudencial, y a la vez establecer propuestas para la mejora de la misma. (León, 2012)

1. Algunas precisiones de carácter epistemológico sobre la prueba

Lo primero que debe establecerse es que la epistemología en el derecho ha sido considerada como la fuente y, a la vez, el fin de todo un sistema jurídico, es decir, si bien las finalidades que en diferentes ocasiones se le ha dado al proceso; como la verdad, la realización de la justicia social, la paz, la

igualdad, la resolución de un conflicto (Parra, 2006); son plausibles, lo cierto es que ninguna de ellas se podría obtener, al menos de manera confiable, sin recurrir a la epistemología jurídica.

Ahora, bajo el significante de *epistemología jurídica* se pueden contener, al menos, dos significados que han sido aceptados por quienes, de una u otra manera, han abordado el tema; el primero de ellos se refiere al conocimiento sobre el derecho, es decir, la forma en como un agente jurídico *se ocupa de las condiciones bajo las cuales es correcto afirmar que tiene una creencia justificada*, y la segunda, por su parte, se ocupa de cómo conocer los hechos en el derecho, es decir, *evalúa la manera como los sistemas jurídicos alcanzan sus fines: la búsqueda de la verdad o la evitación de errores*; a la primera se le ha denominado epistemología jurídica individual, y a la segunda, social (Marrero, 2015).

Por tal razón, en materia jurídico penal, cobra vital relevancia la forma en la que *se conocen los hechos en el derecho* (Abellán, 2004), por lo que se esperaría que de manera significativa los juristas se hubiesen dedicado de lleno a estudiar el temario, pues constituye la columna vertebral de todo un sistema judicial.

Y es que, es suficiente con imaginarse, por algunos momentos, el engranaje jurídico penal³⁴ sin la epistemología jurídica; no quedaría nada más que normatividad vacía, teorías, que, si bien son útiles, sin estar relacionadas directamente con el conocimiento de los hechos en un sistema judicial perderían su utilidad y por ende, su aplicabilidad.

Como se sabe, una norma jurídica se compone de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (Nino, 2003); llevado al escenario penal, esto quiere decir que, en Colombia, el agente debe haber realizado una conducta típica, antijurídica y culpable, con todo lo que involucran tales categorías dogmáticas (Velásquez, 2010), para poder recibir por parte del estado una pena; pero todo este desarrollo dogmático y legislativo no serviría de nada si no hay una forma en la cual conocer si en realidad existió una conducta, si esta en efecto estaba descrita en un tipo penal, si lesionó un bien jurídicamente tutelado, o si el autor merece un juicio de reproche por haber desplegado de tal forma su actividad consciente (Roxín, 1997).

En el mismo sentido se pronuncia el profesor Marco Antonio Díaz al

³⁴ Entiéndase por engranaje jurídico-penal la unión de todas las ciencias penales como la criminalística, la criminología, la teoría del delito y el proceso penal.

comentar el código de procedimiento federal en México, estableciendo que la única forma de llevar a la práctica los contenidos jurídicos de la sanción es a través de la previa demostración de quien ha infringido el deber por tal razón

sanción y prueba, lejos de constituir materias jurídicas independientes o diferentes, en este caso se integran y mutuamente se complementan por que, el primero sin la segunda resulta ineficaz; y la sanción sin la prueba hace al derecho ciego, lo desvirtúa para convertirlo en algo impreciso que ya no se asemeja al Derecho sino a tiranía y a la injusticia” (Díaz, 1998)

Por tal razón, el profesor Michelle Taruffo afirmaba, con total acierto, que los juristas se han olvidado de aquella parte del derecho procesal que hace posible que el juez se pronuncie en cualquiera de las vías que el derecho le permite: la prueba. Y que, a la vez, debe retomarse el estudio de las ciencias jurídicas procesales hacia tales ámbitos, afirmando que

[...] con pocas, aunque significativas excepciones, los aspectos teóricos y filosóficos de la prueba han sido ampliamente olvidados tanto por los filósofos como por los juristas; estos últimos, por su parte, se han ocupado de forma casi exclusiva de las normas positivas que regulan la admisibilidad, la práctica y la valoración de las pruebas en los específicos ámbitos procesales. Por otra parte, en la mayoría de los pocos casos en los que se afrontan los problemas filosóficos de la prueba, los juristas han demostrado ser pésimos filósofos y han obtenido resultados muy modestos e incluso risibles (2005)

Con base en lo anterior, se entiende que es necesario dejar de tomar el proceso penal como un conjunto de normas que rigen un cúmulo de actos procesales que se inician, como típicamente se han establecido, con una denuncia, petición especial o querrela (en el caso colombiano) (Bernal, 2013) y que van a fenecer con una sentencia.

En efecto, el proceso penal es 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, de la forma más pulcra posible, el conocimiento en el que aquél sustentará una decisión en la que se espera realizada la justicia; y que entre otras cosas, representará la voluntad del estado; por lo que es necesario que se muestre como suficientemente coherente con la realidad, con el fin de que esta voluntad no sea deslegitimada por los mismos asociados, y así causar, como suele

sucedier, la pérdida de la confianza en el derecho como medio ideal para resolver los conflictos, y que la justicia por mano propia se vuelva de nuevo la mejor solución.

En tal sentido, se logra apreciar que el conocimiento de los hechos, es decir, la información allegada a un proceso a través de las pruebas, es aquello en lo que el proceso debe focalizar toda su atención (Schum, 2016); involucrando así uno de los temas más importantes del derecho probatorio: el razonamiento probatorio por parte del juez; porque de nada serviría el plano hipotético en el que se tuviera un escenario totalmente ideal para la práctica de la prueba, en donde se pudiese asegurar que solo llegarán al juez como pruebas aquellos medios que sean idóneos, pertinentes, conducentes, y la vez que posean la fuerza probatoria suficiente para esclarecer los hechos del caso; si el juzgador, con base en ellos realiza un análisis o razonamiento defectuoso que conduzca a una solución totalmente diferente a la pretendida por el derecho (Ferrajoli, 1995).

Si bien es cierto, a nivel científico es imposible la evitación de los errores a la hora, tanto de recolectar, practicar y producir las pruebas, así como de valorarlas y de realizar el razonamiento sobre ellas para determinar la ocurrencia de los hechos objeto del litigio, ya señalaría el profesor Larry Laudan que

[...] un juicio penal es, primeria y esencialmente, un motor epistémico, una herramienta utilizada para extraer la verdad de lo que inicialmente será una colección de claves e indicadores. Decir que estamos comprometidos con la reducción de errores en los juicios es otra forma de decir que somos serios acerca de la búsqueda de la verdad. (Laudan, 2006)

En tal sentido, la epistemología jurídica implica, como principales labores, determinar cuáles son las reglas, o la normatividad que promueve la búsqueda de la verdad en un proceso penal, y a la vez, cuáles son las que evitan realizar el proyecto normativo para proponer los cambios en las reglas o normas existentes con el fin de erradicar aquellas que dificulten, en algún sentido los obstáculos para encontrar la verdad.

Pero ahora, como se sabe que existen errores en los sistemas judiciales, y por lo tanto el penal no es la excepción, además de la imposibilidad absoluta de conocer directamente la verdad de un hecho sino la necesidad de confiar en la representación de aquel hecho (Peláez, 2016), el derecho ha

solucionado tal problema involucrando reglas para que un juez tenga como probado un hecho, y tales figuras han sido concebidas como estándares probatorios, que se encargan, ni más ni menos, de fijar un tope en el que un juzgador pueda aceptar que los hechos invocados por alguna de las partes son ciertos, y por tal razón, puede aplicar la consecuencia jurídica propia de tal supuesto de hecho acreditado.

2. El estándar probatorio

Anteriormente, en los sistemas de tarifa legal o, como también eran llamados, de prueba tasada, como su nombre lo indica, el juez tenía previamente fijado por la ley cuándo, o mejor, con qué medio o con cuántos medios probatorios se tendría por demostrado un hecho; por tal razón, el juez lo único que debía realizar era un juicio silogístico en el que se representara mentalmente lo que la ley le exigía para tener como probado un hecho; como por ejemplo, anteriormente se exigía para tener como probado un hecho, que para acreditar determinado hecho mediante el testimonio de una mujer, era necesario traer a otra mujer que corroborara su dicho, situación que no ocurría con el testimonio de los hombres; por lo tanto, si se quería probar que el hombre X entró al sitio Y en una hora de un día determinado y no se contaba con el dicho de otro hombre que lo acreditaba sino solo mujeres, el juez el juez debía comparar tal mandamiento legal con las pruebas allegadas al juicio, para verificar si existe, en efecto, el dicho de dos mujeres que acrediten que X estuvo en Y a la hora en cuestión; y solo por tal razón, podrá tener el hecho como probado, sin entrar a realizar mayores distinciones entre juicios de contradicción, valoración integral o capacidad suasoria.

Pero, hoy en día, los sistemas de valoración probatoria han cambiado drásticamente (Beltrán, 2006), entre ellos, el que ha acogido Colombia, en su gran mayoría, es el de la libre valoración probatoria, o sana crítica, en el que el juez evalúa las pruebas en conjunto, sin que ninguna regla le establezca cuales son los medios probatorios adecuados para llevarle conocimiento, sino que se permite que las partes, en su libre uso de la imaginación y la estrategia propia, lleven a través de los medios que mejor consideren el conocimiento al juez; y este, por su parte, los valorará con el respeto irrestricto a tres instituciones: (i) las reglas de la lógica formal (ii) los principios o máximas de la experiencia y (iii) las reglas tecnico-científicas actuales.

Por ende, el código de procedimiento penal acoge, por ejemplo, en su artículo 273 que:

Criterios de valoración. La valoración de los elementos materiales probatorios y evidencia física se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica, técnica o artística de los principios en que se funda el informe. (Ley 906, 2004)

Respecto a este tópico, la Corte Constitucional se ha pronunciado (Naranjo, 2012) adoptando algunos criterios propios de la doctrina en los que ha explicado cuales son los sistemas de valoración probatoria existentes y, a la vez, en que consiste cada uno de ellos, en este caso, la íntima convicción, la tarifa legal y la sana crítica; consistentes cada uno de ellos en:

i) El sistema de íntima convicción o de conciencia o de libre convicción, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos.

ii) El sistema de la tarifa legal o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él.

Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

iii) El sistema de la sana crítica o persuasión racional, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas. (Sentencia C-202, 2005)

Ahora, como es el mismo juez el que establece el valor que le asignará a cada una de las pruebas, y este, por su condición humana puede cometer errores, se exige que, aparte de motivar la decisión tomada con el respeto

irrestringido a los criterios citados, utilice un estándar probatorio determinado previamente, que garantice cierta – no toda – objetividad en sus cadenas de razonamiento; este responderá, en efecto, a la pregunta: “¿cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis y qué descansar en última instancia en exigencias o grados de confirmación?” (Bustelo, 2006); por tal razón, se podría concluir que la valoración probatoria de la sana crítica se hace para determinar si un hecho logró ser probado a partir de la valoración del conjunto de los medios considerados como pruebas y su análisis a partir de las reglas de la lógica, ciencia y experiencia, pero, el estándar probatorio ya no será tendiente a valorar si un hecho se demostró o no, sino que se utiliza para determinar si de los hechos ya tenidos como probados en el proceso se puede concluir que la hipótesis alegada por alguna de las partes es, en una determinada medida, aceptable.

Por lo tanto, la valoración probatoria se da en un plano hecho-prueba, mientras que el estándar probatorio realiza una *sindéresis* entre hechos probados (resultado positivo de la valoración probatoria) y la hipótesis, como un enunciado o proposición que se da por aceptado en cierto grado.

La graduación de la aceptación o de la convicción necesaria por parte del juzgador para ceder a las pretensiones de cada una de las partes, se constituyen en los diferentes estándares probatorios. Por tal razón establecía Laudan: “el estándar de prueba específica el umbral mínimo que ha de ser satisfecho a los efectos de aseverar que una hipótesis ha sido probada” (2006), o como lo diría la profesora Mónica María Bustamante: “indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis”. (Bustamante, 2010)

Ahora, frente a los estándares en materia penal, establece el profesor Laudan que, en virtud de que los errores, como ya se vio, no son del todo eliminables en el derecho; la función de este es distribuir los errores entre las partes. Por lo tanto, en cuanto más exigente sea un estándar probatorio en el proceso penal (Cuellar, 2004), menos inocentes condenados habrá, pero a la vez, subirá el número de culpables absueltos, por la misma dificultad en la aceptación de la hipótesis condenatoria; y a la inversa sucede cuando se flexibiliza el estándar, es decir, habrá menos culpables absueltos, pero más inocentes condenados.

Por esta razón es que, por regla general, los estándares en derecho penal son mucho más altos que en las demás ramas del derecho, debido a que el ideal del derecho es que evite a toda costa la condena de personas inocentes.

tes, así merezca la absolución de algunos culpables y no viceversa.

3. El estándar probatorio colombiano en materia penal

En Colombia, como ya se vio, el artículo 7 establece que la duda que se presente, se resolverá, en cualquier caso, a favor del procesado, pero, para los efectos de analizar el estándar probatorio³⁵, es decir, cuándo un juez puede declarar responsable penalmente a una persona, es necesario dirigir la mirada hacia el artículo 381 del mismo estatuto procesal penal, en el que se establece:

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. (Ley 906, 2004)

Por lo tanto, en los términos anteriormente expuestos, en Colombia, como la hipótesis en un proceso penal para poder condenar debe afirmar la responsabilidad penal del acusado, sería redactada, más o menos, en el siguiente tenor por la Fiscalía: el agente A, cometió una conducta típica, antijurídica y culpable.

Por lo que, al juez, de los hechos ya probados, entrará a razonar si se puede concluir más allá de toda duda razonable si es cierta tal hipótesis. Por lo que, entre otras cosas, hace que el estándar, cumpla la función de decirle a las partes en juego, en este caso a la fiscalía, qué debe probar para lograr la condena; en el caso expuesto: que un agente A, cometió una conducta, con todos los elementos que aquello conlleva (Betancur N. A., 2010) que es considerada típica (resultado, nexo causal, imputación objetiva, etc.); antijurídica, puesto lesiona un bien jurídicamente tutelado sin existir una justificación para ello; y que se le puede realizar un juicio de reproche (imputabilidad, comprensión de la ilicitud, capacidad para comportarse conforme a derecho) (Muñoz, 1989)

Pero ahora, surge la duda más importante ¿qué es una duda razonable? Este es un temario que se convierte en ineludible si lo que se pretende es dar una cabal respuesta a la pregunta principalmente planteada; varias han sido las posibles respuestas que se le ha dado a tal pregunta, pero se acogerá,

35 En este punto vale la pena aclarar que las formulaciones lingüísticas de “la duda se resolverá a favor del reo” y “se necesita conocimiento más allá de toda duda razonable para condenar” son los dos lados de una misma moneda. Por tal razón el *in dubio pro reo* es el mismo estándar probatorio de más a allá de toda duda razonable.

en este caso, la proposición, si bien sencilla, totalmente profunda del maestro Jordi Nieva Fenoll en la que establece que

La duda no es más que la indecisión de juicio entre dos o más hipótesis. Esta definición no es polémica en absoluto, y además es perfectamente intuitiva no se trata de escudriñar filosóficamente en mayor medida este concepto, puesto que tampoco habría de extraerse ningún resultado más, aparte del ya expresado, que tuviera relevancia para el proceso. (Fenoll, 2013)

Pero, si bien el término duda ha sido aclarado, de manera más que gramatical, lo cierto es que siguen quedando sinsabores en cuanto a ¿qué entender cuando se habla de estándar probatorio más allá de toda duda razonable? Por tal razón, se hace necesario complementar la respuesta que realiza el profesor español sobre tal término; toda vez que no queda claro cómo, objetivamente, puedo determinar la existencia de una duda razonable.

Se diría, en principio, que no toda duda es razonable, por lo que el juez podría condenar en Colombia, y en los demás estados donde se compara este estándar para las causas penales, con dudas, siempre y cuando estas no estén calificadas por el adjetivo “razonable”; sin embargo, ¿cómo determinar lo que es razonable a la hora de fallar en un caso judicial?

El profesor Michelle Taruffo, establece que este estándar expresa la exigencia de que la responsabilidad penal del acusado, la culpabilidad en sus términos, sea demostrada en un *altísimo* grado de confirmación, prácticamente equivalente a la certeza (2008); pero como ya lo habría establecido Wittgenstein en sus “ensayos sobre la certeza”, lo cierto es que la certeza es un concepto propio, al que no se puede llegar en ningún momento, salvo la excepción de nuestro pensamiento; en un caso judicial, por ejemplo, por más pruebas que se hayan allegado, el juez nunca podrá tener certeza de lo que aconteció, es más, nadie podrá tener certeza, ni siquiera las partes que presenciaron los hechos, debido a que lo que tienen en sus mentes son representaciones mentales que son ontológicamente imposibles de identificarse con la realidad (Peláez, 2016); lo único de lo que cada uno puede tener certeza en este caso es de lo que está pensando, es decir, que está creyendo algo, pero no puede tener certeza de lo que cree (Wittgenstein, 2006)

Así, por ejemplo, si el día 11 de noviembre de 2011 a las 11:11 a.m Pedro Ramírez le da muerte a Jorge Arboleda en presencia de Marta Rangel, lo cierto es que si se llevara a Marta a testificar, ella no podría tener *certeza*

de que Pedro Ramírez le dio muerte a Jorge Arboleda, por ende, de lo único de lo que puede tener certeza es de que ella piensa que Pedro Ramírez le dio muerte a Pedro Arboleda.

E, increíblemente, esto ya lo consideraba, a su vez el maestro Francesco Carrara, al establecer que “prueba es todo lo que nos es útil para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está como en nosotros mismos, mientras que la verdad se localiza en los hechos”. (Carrara, 1957)

Ahora, la mejor explicación, o al menos así será considerada en la presente disertación, es la que entiende por estándar más allá de toda duda razonable que a partir de los hechos probados, y un razonamiento coherentemente aplicado, no pueda surgir otra tesis que contradiga la culpabilidad del acusado, es decir, que abra una brecha a la inocencia, así esta sea menos probable que aquella.

En el mismo sentido establece la profesora Accatino que si se trata de un proceso penal en el que se pueda predicar la aplicación del estándar de prueba *más allá de toda duda razonable*, la evaluación de los hechos probados considerará si existe alguna explicación plausible consistente con la inocencia del acusado, aunque su plausibilidad sea menor que la de otra explicación consistente con su culpabilidad (Accatino, 2015)

Por lo tanto, como lo establece Higa, es una exigencia legal, en virtud del estándar probatorio, que para condenar al acusado la acusación sea la única hipótesis que explique los hechos probados en el caso, en tal sentido, si existiere hipótesis que pudieran explicar estos hechos, aunque fuese menos probable, será absuelto. (Higa, 2015)

Como ya se estableció, esta duda no es la que se pueda presentar en cualquier momento en el ánimo del juzgador, sino por el contrario la que se presenta después del análisis de las pruebas con las que se cuenta (Gil, 2014) pero ¿cómo asegurar o al menos brindarle confiabilidad a tal análisis? La respuesta que se ha creado es la de la inferencia de la mejor explicación (IME) propuesta en 1988 por el profesor Lycan y consiste básicamente en el siguiente juicio lógico

F1... Fn son hechos.

La hipótesis H explica F1... Fn.

Ninguna hipótesis disponible explica F1 tan bien como H.

Por lo tanto, H es (probablemente) verdadera. (Lycan, 1988)

Que es, básicamente, lo expresado anteriormente en la explicación del estándar; por supuesto, habiendo de entender *hechos* como *hechos probados*, que deben ser explicados por alguna hipótesis, en este caso, ninguna hipótesis racional, además de la condenatoria, tendría que explicar los hechos F1... Fn, sin valorar si lo hace bien o regularmente. En esto consiste el estándar probatorio enunciado.

La formulación anterior, aunque en algunos casos, pudiese parecer extraña, debe precisarse que se utiliza con más frecuencia de lo que se cree, por ejemplo, Darwin realizó toda su inferencia sobre el evolucionismo del hombre basado en tal hipótesis, dado que ninguna otra le brindaba una explicación racional que pudiera comprometer todas las evidencias que poseía. (Lipton, 2000)

Por último, la Corte Suprema de Justicia, en su sala de casación penal ha establecido que:

Y, si ocurre que los elementos de juicio allegados por la defensa no resultan contundentes o suficientes para desvirtuar la prueba aducida por la Fiscalía, lo adecuado no es, como postuló el Tribunal, advertir la necesidad de una supuesta prueba tarifada, ni mucho menos señalar que su práctica correspondía a la Fiscalía y, en consecuencia, la omisión se hace pesar en su contra, sino proceder a analizar detalladamente la prueba de cargos, para delimitar su valor intrínseco y su articulación con las otras pruebas, a efectos de definir si alcanza los estándares necesarios para emitir el fallo de condena. (Sentencia Casación 31103, 2009)

En otra oportunidad, estableció que

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales. (Sentencia Casación 328623, 2011)

En tal sentido se puede denotar que si bien la Corte, por ahora, parece entender los efectos y consecuencias de la adopción de un estándar probatorio en el sistema penal, lo cierto es que no ha explicado el alcance del mismo, dejando al libre albedrío del juzgador el momento en el que pueda considerar cuándo tener por probado un hecho.

4. La carga de la prueba

Por otro lado, la carga de la prueba es una de las instituciones que más ha llenado los anaqueles de las ciencias jurídico-procesales en los últimos años, frente a ella, para los efectos de esta investigación se seguirán las explicaciones, principalmente, de Devis Echandía, quien se encargó en sus tratados sobre la Prueba Judicial en gran parte sobre tal temario.

De esta manera, lo primero que debe absolverse en este capítulo, es ¿qué se entiende por carga de la prueba? Establece el maestro colombiano, que carga de la prueba es una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión. e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte. (Devis, 2015)

Posición, que hoy en día no dista mucho de la acreditada por el maestro Jairo Parra Quijano quien establece que, si bien es una noción procesal, esta le indica, no tanto la juez, sino a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas que están invocando aparezcan demostrados (2013)

Pero ahora, retomando el concepto de Devis, es necesario hacer una distinción de dos nociones que conlleva el termino carga de la prueba, estableciendo que el primero es una regla para el juzgador, o la llamada regla de juicio, que le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole proferir una de las sentencias llamadas non liquet, es decir, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, convirtiéndose en un sucedáneo de la prueba tales hechos; y la segunda noción que le atribuye al termino carga de la prueba es como regla de conducta, en donde se les señala a las partes cuales son los hechos que cada una de ellas le corresponde probar. Frente a esto señala Devis, que

El resultado adverso a quien le correspondía probar y no lo hace no se deriva de una obligación o de un deber procesal, porque nadie tiene el derecho correlativo de exigirle que lo haga, ni puede imponerle sanción o someterlo a coacción para que aduzca tal prueba (que por otra parte, únicamente a aquel interesa, puesto que su adversario se beneficia con dicha omisión) y, en consecuencia, a la parte gravada con la carga le asiste absoluta libertad para escoger la conducta que quiera seguir al respecto (2015)

Por tal razón la carga determina lo que cada una de las partes debe probar para obtener una sentencia que favorezca sus pretensiones, es decir, cuales, hechos, de los que forman parte del *tema de prueba* deben ser acreditados para que el juzgador pueda fallar absolviendo sus pretensiones o excepciones, diciéndole al juez, de igual forma, qué debe tener probado en cada caso en particular, o mejor, qué le debe acreditar cada parte.

Así, según el criterio del colombiano, se puede resumir y diferenciar la carga de la prueba, del objeto y el tema de prueba de la siguiente manera:

La noción del objeto de la prueba responde a la pregunta: qué podría probarse; la noción de tema o necesidad de prueba plantea la pregunta: qué se debe probar en cada proceso; la de la carga de la prueba: quién tiene interés en probar un determinado hecho para evitarse consecuencias desfavorables, y cómo decide el juez a falta de esa prueba. (Echandía, 2015)

En el mismo sentido establece el profesor Daniel Pulecio Boek que la carga de la prueba se presenta cuando como una regla de juicio que se aplica cuando la prueba se muestra como insuficiente generando *duda e incertidumbre* en ciertos hechos, por lo que le indica al fallador el sentido de la sentencia de fondo para así evitar un pronunciamiento inhibitorio. Ahora, se entiende que la carga de la prueba es un gravamen que se le impone a una de las partes que se puede ver materializado de diferentes maneras, ya sea que se le diga a la parte

Debe probar los hechos para poder acceder a sus pretensiones

O

Si no prueba los hechos sufrirá las consecuencias jurídicas de una sentencia condenatoria

Pero en resumidas, se entiende que es una ficción, es decir, como lo decía el maestro Devis, es un sucedáneo de la prueba, un sustituto, una institución que no permite conocer la verdad del proceso, dado que al imponérsele a la contra parte probar el hecho lo que se le dice es, *si no lo prueba, no importa cuál hubiese sido el resultado de la prueba, lo voy a condenar*, es decir, el juez en realidad no conoce los hechos, y decide entonces, fallar con una ficción.

5. Carga de la prueba y estándar probatorio más allá de toda duda razonable

Es necesario entender que estas dos instituciones en realidad se tornan excluyentes, dado que donde existe un estándar probatorio no podría, en momento alguno, coexistir una regla de carga probatoria, y esto debido a los criterios epistemológicos vistos anteriormente; dado que si se entiende que el estándar exige varios elementos, entre ellos que se hayan probado unos hechos y que de esos hechos se pueda colegir indudablemente una única hipótesis: la condenatoria; lo que haría la carga de la prueba (Iriarte, 2008) entonces, es sesgar por completo el inicio del estándar; puesto que no permitiría entonces probar ningunos hechos, y mucho menos poder realizar un razonamiento probatorio que llegue a una hipótesis.

Estructura del estándar probatorio <i>más allá de toda duda razonable</i>	Estructura de la Carga de la Prueba
<p>Única hipótesis plausible</p> <p>(Razonamiento probatorio)</p> <p>Hechos probados</p> <p>(sana crítica)</p> <p>Pruebas</p>	<p>Hipótesis presumida por el derecho</p> <p>(silogismo normativo)</p> <p>Ausencia de pruebas</p>

(Autor: Juan Camilo Páez Jaimes)

Por lo que la carga de la prueba es un castigo epistemológico, un salto a esos criterios de conocimiento que se tienen en el proceso, y por tal razón, se olvidan los núcleos fundamentales que conducirían, en algún momento, a la verdad, la justicia social, la realización de la paz y todos los demás fines anteriormente enunciados.

Como se ve en la ilustración anterior, mientras que la estructura del estándar probatorio exige que se aporten unas pruebas, y que de ellas surjan o se tomen unos hechos, que constituyen evidentemente el tema de prueba, como probados y que de aquellos a su vez, se realice un razonamiento probatorio para llegar a la única hipótesis racional de la que se hablaba anteriormente; por otro lado, la carga de la prueba, ante la ausencia de esta, realiza un silogismo entre la norma que le establece quien debía probar y la verificación en el proceso de quien no probó para llegar a tal situación.

Lo anterior quiere decir que mientras que la existencia de un estándar probatorio asegura que el juez no pueda fallar sin conocer más allá de toda duda razonable la hipótesis producto de los hechos del caso, la carga de la prueba permite que el juez, pudiendo conocer que no debe fallar en un determinado sentido, tenga que hacerlo en virtud del incumplimiento de una carga probatoria.

Por ejemplo, piénsese por unos momentos en el caso en el que para probar un homicidio existen como pruebas un video que muestra a una persona a la que no se le ve el rostro empuñando un revolver en contra de la humanidad de B, posteriormente deflagrando su arma, y huyendo del lugar; también se tiene como prueba el cuerpo de la víctima, y una declaración de un testigo que dice que vio saliendo del lugar a una persona de espaldas, que cumple las características de estatura y tamaño del acusado, por último está la alegación del acusado quien señala estuvo ese día en una reunión realmente importante; solo esos elementos se tienen como prueba; por tal razón se tienen como probados los siguientes hechos: que una persona dio muerte a B con un revolver de determinadas características, que esa persona huyó del lugar, que esa persona tiene unas características físicas similares a las del acusado.

En virtud de la exigencia del estándar de conocimiento más allá de toda duda razonable se debe considerar si la hipótesis de que *el acusado dio muerte a B* es la única que se desprende de los hechos probados en juicio, al realizar este análisis, se puede percibir que frente a estos hechos existen múltiples hipótesis que podrían explicar los hechos probados, entre ellas, que fue



una persona diferente al acusado que cumpliera con sus características morfológicas, por tal razón, la consecuencia lógica sería, evidentemente, absolver.

Pero ahora, si se analiza bajo el tamiz de la carga de la prueba, si le exigiéramos, a través de la dinamización de la misma, al acusado, probar los hechos que alega, y este no lo pudiera hacer, la única solución, más allá de la lógica y la razón, es condenarlo en virtud del incumplimiento de dicha carga.

Por tal razón, la carga de la prueba en el proceso penal no tiene ningún asidero, dado que si la fiscalía no logra probar el delito o la realización de este por parte del acusado, el juez no absolverá en ningún momento por el incumplimiento de la carga probatoria, sino por el incumplimiento del estándar probatorio, es decir, por no tener conocimiento, no porque alguien no se lo suministró, porque bien, en un plano hipotético, en algún caso la defensa podría aportar todas las pruebas que lo inculpen, y la fiscalía no haber hecho nada, que el estándar de conocimiento, mientras se cumpla, permitirá la condena.

Ahora, si no tiene ningún sentido establecer la carga de la prueba en el código de procedimiento penal, mucho menos va a tener dinamizarla, es decir, trasladar esa carga de probar al acusado, a que pruebe algunos de los hechos sobre, como lo dijo el profesor Pulecio, los cuales el juez pueda tener duda o incertidumbre, ahora surge la pregunta ¿el derecho procesal penal no tiene una respuesta para cuando el juez presente estas dudas o incertidumbres? Claro. Absolver, y no porque una teoría de carga probatoria lo establezca, sino porque el estándar así lo exige, por lo que exigirle al acusado que pruebe uno de los hechos sobre los que el juez no tenga conocimiento 'más allá de toda duda razonable es una falta a la simple lógica, es una falta al estándar probatorio, y aún más es una falta a una garantía de presunción de inocencia (Carrasquilla, 2002) y el *in dubio pro reo* como más adelante se verá.

Es, como lo diría Beccaria, condenar a un hombre con “la casi prueba, la semiprueba, como si un hombre pudiese ser semiinocente o semireo, es decir, semiimpune o semiabsoluble” (Beccaria, 1764)

Pero, al parecer, esto es lo que ha venido realizando la Corte Suprema de Justicia en algunas de sus decisiones, por tal razón es necesario analizarlas con sumo cuidado.

6. El criterio de la corte suprema de justicia en sala de casación penal sobre la carga de la prueba

Después de haber realizado un análisis teórico sobre cada uno de los elementos tratados, es necesario verificar cómo se ven reflejados aquellos ideales en la realidad colombiana ¿se cumplen? ¿son coherentes con lo anteriormente expuesto? O sencillamente se salen de todo parámetro racional y desborda los límites de lo permitido legalmente.

Las presentes sentencias se extrajeron, en una pequeña parte del trabajo del profesor Pulecio Boek en su trabajo sobre la carga de la prueba en materia penal, y el otro tanto son producto de investigación directa en la base de datos de la Corporación, se presentarán en orden cronológico con el fin de mostrar la evolución que ha tenido el concepto a través del tiempo en la Sala Penal de la Honorable Corte.

Empieza la Corte con muy buen ánimo, en donde se muestra una aceptación de los principios que rigen el sistema procesal penal, en este caso frente al delito de enriquecimiento ilícito por parte de particulares, así establece que

Es, pues, un hecho irrefutable, que compete al Estado jurisdiccional el deber de demostrar que el incremento patrimonial no justificado tiene en su origen mediato o inmediato un nexo o conexión con actividades delictivas. El proceso penal debe contar con aquellos elementos de convicción suficientes orientados a dicha comprobación, sin que pueda ser admisible asumir –como termina haciéndose en la propuesta de la demandante -, una presunción de ilicitud de los bienes si los imputados no explican convincentemente la fuente de los mismos, lo que configuraría una intolerable inversión de la carga de la prueba que corresponde al Estado.

Tratándose de particulares a quienes se acusa de enriquecimiento ilícito –como delito subyacente al del lavado de activos, tal y como sucede en este caso-, es propósito de su represión penal la sanción que se deriva de la obtención de bienes o intereses de contenido económico, pero en forma “ilícita” o “delictiva”, configurando este elemento no el imperativo judicial de que exista previa decisión declarativa de la ilegalidad de la actividad, pero sí que converjan elementos de prueba con la idoneidad suficiente para que más allá de una presunción –inviabile en su demostración-, permitan establecer el nexo objetivo suficiente para afirmar que emanan de actividades al margen de la ley.(Sentencia Casación 22179, 2006)

Califica de intolerable la Corte en este caso el hecho de que se pre-

tenda hacer presumir la ilicitud de unos bienes de algunas personas que no explican *convincientemente* la fuente de los mismos, lo que quiere decir, en términos de la corte una inversión de la carga de la prueba que el derecho penal, en todo caso. Posición que ratifica escasos veinte (20) días después, al decir que

A mi modo de ver, dicha previsión normativa no podía ser de otra manera, atendiendo el hecho de que a partir del Acto Legislativo No. 03 de 2002 en Colombia se abandonó el sistema de enjuiciamiento mixto con tendencia acusatoria para adoptar un modelo de juicio adversarial, oral, público, concentrado, con intermediación en el recaudo probatorio, en el que la carga de la prueba sobre la responsabilidad penal radica en la Fiscalía como órgano de persecución penal, en tanto que el imputado se halla amparado por la presunción de inocencia mientras no se profiera fallo definitivo en su contra, y cobijado por el beneficio de la duda. (Sentencia Casación 24468, 2006)

Solo hasta más de un año después es que la Corte, en el 2007 se vuelve a pronunciar sobre el tema de carga de la prueba, en este caso apoyando sus tesis anteriores, en donde se muestra su razonabilidad sobre los criterios de carga de la prueba y la inadmisibilidad de su dinamización en los juicios penales, debido a las garantías que respaldan al procesado de la siguiente manera:

[...] el concepto de carga de la prueba se debe entender desde una doble perspectiva, a saber: la formal, según la cual, a las partes les corresponde probar sus afirmaciones o negaciones hechas al interior del proceso y, la material, referida a las consecuencias jurídicas que se derivan para el sujeto procesal el no demostrar un determinado hecho que estaba obligado a hacerlo.

Sin embargo, tales conceptos sólo encuentran sustento en aquellos procesos que la doctrina denomina de aportación de partes o dispositivos, en el que corresponde a los sujetos procesales demostrar los supuestos de hecho de la norma, sin que al funcionario judicial le sea permitido suplir dicha falencia, razón por la cual, tales acepciones no encuentran correspondencia con el proceso penal, en la medida en que éste se apoya, por regla general, en los postulados de oficiosidad dado el interés público que lo rige.

insiste, en los trámites penales la presunción de inocencia se erige en

una garantía de toda persona a no ser considerada culpable mientras no se le declare judicialmente como tal a través de sentencia definitiva, la cual se debe apoyar en una investigación que haya satisfecho el principio de investigación integral.

Así, en el proceso penal sólo es predicable el concepto negativo de carga de la prueba, en tanto que al acusado no le corresponde probar su propia inocencia que, por otra parte, se presume mientras no exista actividad probatoria suficiente de la que puede desprenderse lo contrario y lograr desvirtuar esa verdad interina que lo protege, con mayor ahínco durante el proceso, sino que dicha carga se desplaza hacia la parte acusadora quien debe probar los elementos constitutivos de la pretensión penal y desvirtuar la pluricitada presunción de inocencia. (Sentencia Casación 23906, 2007)

Así, la Corte es en tal sentido tan garantista, que idea un concepto nuevo de la carga de la prueba a la que llama en *sentido negativo*, en donde se manifiesta de nuevo el asidero de la presunción de inocencia de la que goza el procesado; pero, sorprendentemente, la posición de la Corte da un vuelco dramático en el año 2008 donde de pasar a negar de manera irrefutable la inversión de la carga de la prueba en el proceso penal, pasa a aceptar en ciertos casos, la dinamización de la misma, y lo más interesante, es que tal posición hasta el año 2013 se ha mantenido incólume, sin ninguna variación, por lo que hoy en día, en términos del precedente judicial (Quinche, 2014), se ha configurado una *doctrina probable* sobre tal punto de derecho, lo que quiere decir que cualquier juez de Colombia se encuentra obligado a aplicarlo, a no ser que tenga un concepto mejor que el de la Corte y por tal razón decida apartarse del mismo reconociéndolo y argumentando suficientemente por qué no aplicará tal criterio (López D. , 2000)

[...] Entonces, si se ha inferido válidamente que el dinero tenido consigo por la procesada sí constituye el objeto material de un delito de enriquecimiento ilícito, la evidencia procesal referida a la posesión material del mismo pretendiendo introducirlo al país subrepticiamente, dentro de su facultad de disposición, conduce a verificar un nexo estrecho entre esa posesión y la responsabilidad que puede inferirse de esa situación en el delito de enriquecimiento ilícito.

A este efecto, la Corte estima necesario acudir al concepto de “carga dinámica de la prueba” que tiene relación con la exigencia que

procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.

[...] Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.

[...] Por eso, el concepto de carga dinámica de la prueba así restrictivamente aplicado –no para que al procesado o a la defensa se le demande probar lo que compete al Estado, sino para desvirtuar lo ya probado por éste-, de ninguna manera repugna el concepto clásico de carga de la prueba en materia penal, ni mucho menos afecta derechos fundamentales del acusado. Simplemente pretende entronizar en el derecho penal criterios racionales y eminentemente lógicos respecto de las pretensiones de las partes y los medios necesarios para hacerlas valer.

[...] porque, debe relevarse, no se trata de que el Estado deponga su obligación de demostrar la existencia del hecho punible y la participación que en el mismo tenga el procesado, sino de hacer radicar en cabeza de éste el deber de ofrecer los elementos de juicio suficientes, si esa es su pretensión, para controvertir las pruebas que en tal sentido ha aportado el ente investigador. ³⁶(Sentencia Casación 23754, 2008)

Ahora, en este punto la Corte decide flexibilizar la tan rígida regla que en líneas anteriores se había propuesto, siendo entonces, en algunos casos admisible la dinamización de la carga de la prueba, por lo tanto, en algunos casos dable exigirle al acusado que pruebe los elementos propios de su inocencia, es decir, decirle que si no logra probar aquellos elementos será condenado.

Este fue el punto radical para que la Corte adoptara una postura mucho más marcada frente a la aceptación de la carga dinámica de la prueba,

36 Reiterada en sentencias Rad. 31147, de 13 de mayo de 2009. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez, Rad. 36402, de 5 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero, Rad 40634, 31 de julio de 2013. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero, Rad. 42191, 11 de diciembre de 2013. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero

llegando a establecer, como se verá más adelante que no es solo para algunos casos excepcionales, sino que para aquellos casos en los que se le exige probar, de esta manera, en otra sentencia la Corte expone que

“La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de carga dinámica de prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia”»

“Se dice que la carga de la prueba en materia penal, por virtud del principio de presunción de inocencia, corresponde al ente encargado de investigar y acusar, lo que implica que el procesado queda relevado de probar la no perpetración del hecho delictivo y su no culpabilidad. Empero a dicha regla mal puede dársele el alcance de llegar a afirmar que el acusado no tiene la obligación de acreditar las circunstancias exculpativas que alega en su favor (negrillas fuera del texto) (Sentencia Casación 41505, 2011)

En la siguiente sentencia, por su parte, la Corte expresa que la dinamización de la carga de la prueba que ha esbozado en líneas anteriores no es propia, como se dijo al inicio de cierto tipo de delitos, sino que hacen parte de las reglas para casos especiales en donde

la carga dinámica de la prueba a nivel penal no se ha circunscrito a determinados delitos, sino que opera en aquellos eventos en los que emergen dificultades en la parte acusadora para probar algunos hechos, cuando tiene la parte acusada la facilidad de aportar el medio necesario para ello, así, “siempre que beneficie sus intereses, se hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción... De allí que la defensa adquiera el compromiso de demostrar las circunstancias que se opondan al

soporte fáctico de la acusación, pues de lo contrario el procesado se expone a una condena” (Sentencia Casación 36187, 2012)

pero, sin embargo, condena a una persona en una sentencia del año 2012 frente al delito de lavado de activos y enriquecimiento ilícito de particulares, en donde explica la Corte que

[...]En estos casos, si la Fiscalía edifica una teoría condenatoria plausible acerca de los hechos por los cuales llamó a juicio, debidamente apoyada en los medios de conocimiento que hay en el expediente, a la defensa no le será posible, en los alegatos de conclusión, en la apelación de la sentencia, ni menos en sede del extraordinario recurso de casación, acudir a explicaciones o a hipótesis divergentes, así se adviertan en principio como no irrazonables, si en las etapas respecto de las cuales operó el principio de preclusión era la única o la mejor llamada a sustentar mediante pruebas los enunciados fácticos que las integraban.

Sólo cuando la hipótesis sostenida por el organismo acusador sea manifiestamente contraria a derecho, o abruptamente desatinada en lo fáctico, podrá ser refutada desde el punto de vista argumentativo por el procesado o su defensor, esto es, sin haber tenido que acudir a una teoría alternativa, fundada en pruebas, que explique racionalmente lo sucedido. (Sentencia Casación 35159, 2012)

Lo que ha hecho la Corte en esta sentencia en particular es desconocer los conceptos esbozados sobre lo que constituye un estándar probatorio, dado que si la duda razonable consiste en la no existencia de diferentes hipótesis que puedan explicar los mismos hechos probados, y la corte imposibilita que estas hipótesis sean argumentadas, con la excusa de que aquellos razonamientos no fueron probados, no se está haciendo otra cosa que cercenar el contenido real de la regla del *in dubio pro reo*.

Los anteriores, sorprendentemente son criterios que han sido apoyados por la Corporación en las últimas sentencias que sobre el tema ha proferido la Corte, como en la que se profirió el día 26 de marzo de 2014, en la que se explica que como el acusado no demostró la procedencia lícita de la suma dineraria, cabe aplicar el criterio jurisprudencial según el cual demostrar el amparo legal del capital que ostenta o administra, etc. Es cuestión a la que está obligado el tenedor en todo momento; y cuando no demuestra ese amparo legítimo

es dable inferir, con la certeza argumentativa que exige el ordenamiento jurídico penal, que la actividad ilegal consiste en ‘...encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes’, de manera que por esa vía se estructura la tipicidad y el juicio de reproche a la conducta de quien se dedica a lavar activos” (CSJ SP, 2 de feb. de 2011, rad. 27144)». (Sentencia Casación 43388, 2014)

Lo dable a inferir en este caso es la gran falencia que posee la Corte en tal argumentación dado que no es posible derivar ningún grado de conocimiento de la ausencia de prueba, es decir, de la nada no se puede producir algo, mucho menos un conocimiento en grado de certeza, que como ya se explicó, según Wittgenstein, solo es posible en los pensamientos.

El anterior fue el recorrido y la evolución de la posición de la Corte Suprema de Justicia, en donde se mostró desde un inicio respetuosa y garante del principio de presunción de inocencia la regla que lo operativiza, el *in dubio pro reo*, hasta llegar a adoptar conceptos propios del derecho civil como la carga dinámica de la prueba (Peyrano, 2010), exigiéndole por tal razón al acusado, en vista de la duda presentada por el juez, que este tenga que probar su inocencia, en el caso de los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos, la procedencia legal de los dineros, para que estos no sean condenados, toda vez que para la Corte, el no probar un hecho, le da certeza sobre aquel.

7. Análisis de validez lógico-jurídica de la dinamización de la carga de la prueba en el proceso penal

Para desarrollar unas críticas con un sentido de total objetividad es necesario, en primer lugar, cuales son los criterios que posee la Corte, en la actualidad, sobre la carga de la prueba en el proceso penal colombiano, y estos se pueden describir de la siguiente manera:

- (i) La teoría de la carga de la prueba tiene plena vigencia en el proceso penal colombiano.
- (ii) En algunos casos es dable dinamizar la carga de la prueba
- (iii) Esa dinamización de la carga de la prueba se da en aquellos casos, principalmente en los delitos de enriquecimiento ilí-

cito y lavado de activos, en los que sea difícil conseguir la prueba y el acusado, por la cercanía con el elemento, tenga más facilidad

- (iv) Como se invierte la carga de la prueba, si el acusado no logra probar el hecho faltante (sobre el que haya duda o falta de conocimiento) la Corte dará por cierto este, entendiendo que hay certeza sobre aquel.

Teniendo en cuenta estos elementos, recapitulados de los postulados jurisprudenciales anteriormente señalados, es preciso entonces incursionar en nuestro juicio de validez lógico jurídica, lo anterior, realizando una salvedad conceptual; y es que la validez lógico jurídica de una norma no consiste en emitir un juicio de desvalor axiomático, sino que por el contrario, de forma avalorada – entiéndase carente de juicios morales o postulados valorativos – confronta determinada norma con el resto del ordenamiento jurídico, a fin de determinar, si, dentro de este sistema jurídico al que acaba de ingresar como norma puesta a prueba, es *válida su aplicación*, o si por el contrario, incurre en algún yerro lógico-jurídico, y por lo tanto, dentro de este sistema evaluador, *no es válida su aplicación*, o por lo menos se invalidaría junto a otra norma que aún se encuentre con plena vigencia en el ordenamiento jurídico receptor.

En consecuencia, lo que se pretende realizar a continuación es, llevar a la norma que postula la posibilidad de dinamizar la carga de la prueba en el proceso penal colombiano, a una confrontación lógico-jurídica que pueda encontrarse en el sistema procesal penal, ya establecido por la Ley 906 de 2004, la cual regula el proceso penal actualmente en Colombia.

Ahora, surge la cuestión ¿cuáles son los criterios con los cuales se realizará tal juicio de validez lógico- jurídica? Pues con los juicios jurídicos de contradicción y tercero excluido llevados de antaño por la doctrina mayoritaria perteneciente al campo de la lógica jurídica (García E. , 2017)

En esta ocasión se hace imprescindible recordar el tradicional concepto del principio de no contradicción, expresado en las siguientes palabras por el maestro mexicano:

(...) el principio general de contradicción, en el orden lógico, enseña que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos. El principio jurídico dice: dos normas de derecho contradictorias no pueden ser validas ambas. Las dos proposiciones refiéranse a juicios;

pero estos son, en un caso, enunciativos y en el otro normativos. Validez y carencia de validez son a las normas so que verdad falsedad a los juicios existenciales. Las normas son o no son válidas; de las enunciaciones decimos que son verdaderas o falsas. Y así como se afirma que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos, relativamente a normas que se contradicen declárase que no pueden tener validez las dos. (García, 2017)

Pero ahora ¿Cuáles normas contradictorias se encuentran en el presente caso y cómo solucionar el problema de su validez?

Frente al primero de los interrogantes planteados, se tiene que se encuentran enfrentadas, por un lado, la norma que establece la carga de la prueba en cabeza de la fiscalía general de la nación o su delegada³⁷, que básicamente consiste en una prohibición hacia el juez que le impide obligar a la defensa a probar hechos objeto de investigación; y por otro lado se encuentra la norma que establece la carga dinámica de la prueba en aquellos casos en los que la fiscalía no tenga acceso a los medios probatorios necesarios para su acreditar su teoría del caso³⁸, la cual consiste en una permisión para que el juez pueda obligar, tanto la defensa como a la fiscalía a probar hechos objetos de investigación, o tener el incumplimiento de esa obligación en contra de la defensa.

Lo anterior, puede esquematizarse de la siguiente manera:

Normas enfrentadas sometidas a criterio de validez jurídica	
Norma (i)	Norma (ii)
Carga de la prueba estática en cabeza de la fiscalía	Carga dinámica de la prueba
Prohíbe: que el juez pueda exigir a la defensa probar hechos objeto de investigación	Permite: que el juez pueda exigir a la defensa probar hechos objeto de investigación
Resultado lógico: según el principio lógico jurídico de tercero excluido, alguna de las dos normas, por permitir exactamente lo que la otra prohíbe, debe carecer de validez jurídica, y la otra, debe tenerla.	

37 Respaldata, en principio, por el contenido del artículo 7 de la Ley 906 de 2004

38 Respaldata por la posición jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, explicada líneas arriba.

Autor: Juan Camilo Páez Jaimes.

Ahora, ya habiéndose expuesto con suficiencia la existencia de una norma invalida que actualmente se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico, surge la pregunta ¿Cómo determinar cuál de las normas en contradicción es válida y cuál es inválida?, para lo anterior, también el profesor García Maynes nos ha brindado luces sobre la solución de un choque lógico, señalando lo siguiente:

Para resolver el problema hay que recurrir a un criterio de verdad, ajeno a las proposiciones en conflicto. De manera semejante, la determinación de la validez o invalidez de dos normas contradictoriamente opuestas requiere el empleo de una pauta estimativa, independiente de tales preceptos.

(...) declarar que un precepto procede de cualquiera de las mencionadas fuentes equivale a sostener que su obligatoriedad deriva, en última instancia de la norma fundamental que ha instituido ese procedimiento de creación jurídica. Pues siendo los criterios de validez en que tales fuentes consisten, normas comprendidas dentro del mismo ordenamiento, es obvio que su propia validez tendrá que depender de la fuente de todas las fuentes, esto es, de la norma básica (García E. , 2017)

A continuación, se expondrán la relación entre estos derechos y la dinamización de la carga de la prueba realizada por la Corte Suprema.

8. El debido proceso y la dinamización de la carga de la prueba en el proceso penal

El debido proceso ha sido considerado como un derecho en constante evolución, el cual, por supuesto, se ha ido integrando con otros derechos axiales que permiten de mejor manera su desarrollo (Carbonell, 2003), si se mire la literalidad del artículo 29 se puede establecer que, entre otras cosas, toda persona tiene derecho a

- (i) No ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio
- (ii) A presumirse inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable

Por lo tanto, si se unen estos dos enunciados, se entendería que toda persona tiene derecho a que se le presuma inocente hasta que no se le haya declarado judicialmente culpable con la plenitud de las formas de dicho juicio, y si se pensara ¿Cuáles son las formas de los juicios penales? La mejor manera de responder a este interrogante es dirigirse a los principios rectores que los rigen, en donde se establece, entre aquellas, *la presunción de inocencia y el in dubio pro reo*, que indica, como se dijo, en líneas anteriores, que el procesado, como bien se le presume inocente, no está obligado en ningún momento a presentar prueba de tal inocencia, por esta razón es que el enunciado normativo es expresamente claro: en ningún caso se invertirá la carga de la prueba.

A la vez, como forma propia del juicio penal, se integra el estándar probatorio de conocimiento más allá de toda duda razonable por cuanto, como se dijo en líneas anteriores, no es más que el reverso de la regla del *in dubio pro reo*, es decir, hace parte del debido proceso que frente a la duda el juez absuelva al procesado y ¿por qué razón un juez dinamizaría la carga probatoria? Dos razones: o no tienen ningún conocimiento sobre la hipótesis objeto de prueba o porque tiene dudas sobre la misma, por lo tanto, dinamizar la carga de la prueba constituye una violación a tal principio.

9. Presunción de inocencia y la dinamización de la carga de la prueba en el proceso penal

Frente a la presunción de inocencia, el maestro Jordi Nieva Fenol la ha catalogado como el principio orientador de todo un sistema penal, es decir, este es el principio axial de todo el proceso penal; según el maestro español se constituye en un mandato de orden casi psicológico al juez que le impide, en la medida de lo posible, realizar juicios de prejuzgamiento sobre aquel al que está juzgando, o cuando menos, no plasmarlos en una sentencia judicial, por tal razón el procesado llega con un blindaje jurídico para recibir un trato digno.

Este principio, es el que soporta la regla que establece la absolución en caso de duda y no porque se considere un beneficio probatorio, o una consecuencia del incumplimiento de una carga probatoria, sino porque el reo se presume inocente por lo tanto ninguna sentencia judicial lo podrá declarar en ningún momento inocente, porque el derecho no declara lo que se presume, por tal razón se declarará no culpable, en tal sentido, al no lograrse probar, o existir duda sobre la hipótesis de su culpabilidad, lo que hace es

reafirmarse, o ratificarse su inocencia, porque aquella, no pudo ser destruida.

Este concepto lo ha dejado claro la Corte Suprema de los Estados Unidos al establecer

repetimos aquí, que debido a los riesgos de confundir al jurado, las cortes distritales deben abstenerse, siempre que ello sea posible de emplear la comparación “culpabilidad o inocencia” al emitir sus instrucciones para el jurado.³⁹

Ahora, de un análisis lógico se establece que si tanto la Constitución Política, como el Pacto Internacional de San José de Costa Rica, a través del control de convencionalidad (Ferrer, Eduardo, 2009) ha establecido y ratificado en varias ocasiones (Gozaíni, 2008) que es un derecho fundamental que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.⁴⁰

Por qué razón habrá de pedírsele prueba al inocente de su propia inocencia si aquello, según mandatos legales, constitucionales y convencionales, lo presumo; es decir, el juez colombiano al tener a un acusado enfrente debe, tanto psíquica, como jurídicamente, dar por inocente a aquel, hasta que después de un análisis probatorio no tenga por cierto que aquella hipótesis realizada por la fiscalía es la única explicación existente que se le puede dar al conjunto de hechos probados en el proceso, de otra forma tendrá que absolverse, por cuanto, en términos de la ley, la constitución y los tratados internacionales, se presume inocente y no se ha superado el estándar suficiente para dejar de presumirlo de aquella forma.

10. La no auto incriminación y la dinamización de la carga de la prueba en el proceso penal

El artículo 33 de la constitución política colombiana establece que “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”, a la vez, tal garantía se encuentra consagrada en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos se encuentra consagrada en el artículo 8.2 literal g “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”, y legalmente, en el código de procedimiento penal en los componentes que conforman el derecho a la defensa en el artículo octavo “No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero perma-

39 Corte Suprema de justicia Estados Unidos US vs Andujar, 49 F.3 16 P. 24

40 Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, Art. 8.2

nente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”

Por tal razón, después de tal protección no podría pensarse que en Colombia se exigiera a una persona auto incriminarse, pero ¿es eso lo que realmente sucede al dinamizar la carga de la prueba? Existen algunas posiciones que establecen que no, debido a que el juzgador no conoce el contenido ni el resultado de la prueba que le está exigiendo al acusado; pero el acusado si la conoce.

Piénsese por un momento en un delito de enriquecimiento ilícito, en el que la fiscalía logra probar el incremento patrimonial de la persona investigada, pero no logra en realidad probar el delito subyacente que convierte en ilícito tal dinero, por lo que el juez, en búsqueda de la verdad, decide invertir la carga de la prueba e imponerle al acusado la responsabilidad de probar que ese dinero es de origen legal o de lo contrario será condenado con certeza (según los términos ya vistos de la Corte); ¿si la prueba estableciera que en efecto, ese dinero es de origen ilegal se estaría obligando al acusado a auto incriminarse? Claramente, puesto que se le está obligando, con la amenaza de la condena, por lo que en este caso, probar o no probar, sería una autoincriminación por cuanto, si el acusado prueba que es ilícito será condenado, y si no lo prueba, el juez interpretará tal comportamiento como correspondiente a la ilicitud de su dinero.

CONCLUSIÓN

Por las razones anteriormente construidas se puede determinar que la dinamización de la carga de la prueba en el proceso penal colombiano no es válida a nivel lógico jurídico; toda vez que al confrontarla a la exigencia de estándar probatorio en grado de conocimiento más allá de toda duda razonable; la carga de la prueba estaría permitiendo precisamente lo que el estándar prohíbe: proferir una sentencia condenatoria sin la existencia de un grado de conocimiento verificable. Por ende, al ser la carga de la prueba un fallo que se dicta sobre supuestos normativos y no fácticos, este conculca de manera flagrante derechos, principios y garantías como el debido proceso, la presunción de inocencia y la garantía de no autoincriminación; y ante la aparente obviedad de tales razonamientos queda por decir que el mismo sistema jurídico penal colombiano, con el gran esfuerzo que están realizando

los operadores judiciales por la gran cantidad de procesos que se llevan día a día en las fiscalías a nivel nacional, conllevan a que no sea posible desplegar una actividad probatoria ideal, como la que debería presentarse como en los casos de los delitos económicos, en donde en realidad no existen pruebas, como las ha llamado la Corte, imposibles, solo de difícil obtención, que se podrían lograr de manera óptima si se produjera una mejora en la estructura del sistema investigativo.

Se considera entonces, que es de los anteriores defectos que los juzgadores han tenido que recurrir a figuras tan ajenas al derecho penal como la dinamización de las cargas probatorias para facilitar o al menos optimizar el trabajo del ente acusador, porque por el momento no se encuentra alguna razón suficiente para que lo anterior haya ocurrido; pero, por otro lado, es necesario recordar que el rol del juzgador en el sistema penal acusatorio (Caicedo, 2013) es el de un espectador neutral, que deja a la libre decisión de las partes la forma en la que debe llevar el debate probatorio y limitarse a decidir sobre la valoración de los hechos ya probados; ya que como lo decía el maestro Goldman

el fin de los procesos jurídicos es asegurar un trato sustantivamente justo para los individuos. Esto depende de (1) el contenido de la ley y (2) los genuinos, o verdaderos, hechos concernientes a las acciones que los individuos realizaron y las circunstancias de dichas acciones. De esta forma, la determinación de la verdad sobre las acciones de las personas es un medio crucial para el justo trato de los individuos. (2005)

De esta manera, al quedar invalidada la figura de la carga dinámica de la prueba en el proceso penal colombiano, no queda más que recurrir a la única interpretación que quedaría vigente en nuestro ordenamiento, a la cual debimos haber llegado desde un inicio sin tener que hacer mayores disquisiciones al respecto: es necesario exigir un estándar probatorio en grado de conocimiento más allá de toda duda razonable para proferir una sentencia condenatoria; no obstante, no puede exigírsele al procesado, bajo ninguna circunstancia, que coadyuve a obtener dicho conocimiento, precisamente porque posee el derecho a que la duda acerca del mismo sea utilizada a su favor en la resolución de su inocencia.

No obstante, pese a lo diáfano que pudiera parecer tal razonamiento,

todo este camino investigativo se hace imperiosamente necesario cuando se cuentan con posturas jurisprudenciales tan atentatorias de derechos fundamentales como la aquí estudiada, las cuales no solo desconocen la naturaleza misma del proceso penal, sino que además tratados internacionales que sobre la materia se han elaborado. No obstante, nada hará el investigador quejándose constantemente de su realidad si no contribuye un tanto a mejorarla.

BIBLIOGRAFÍA

- Abellán, M. G. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Accatino, D. (2015). La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales. En A. Páez, *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (págs. 65-87). Bogotá: Los andes.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales .
- Asúa, L. J. (1963). *Tratado de derecho penal* . Buenos Aires: Losada.
- Beccaria, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*. Pisapia.
- Beltrán, J. F. (2006). La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión. *Estudios sobre la prueba*, 1-40.
- Benavides Vanegas, F. S. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 237-264.
- Bernal, J. &. (2013). *El Proceso Penal* (Vol. I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J. &. (2013). *El Proceso Penal* (Vol. II). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betancur, N. A. (2010). *Curso de derecho penal (esquemas del delito)*. Medellín : Nuevo Foro.

Boek, D. P. (2012). *La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.

Bustamante, M. M. (2010). El estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia. En *La prueba y la decisión judicial* (págs. 185-219). Medellín: Universidad de Medellín.

Caicedo, J. H. (2013). *Manual del Proceso Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad Libre.

Capelleti, M. (1987). La justicia Constitucional. *Estudios de derecho comparado*.

Carbonell, M. (2003). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.

Carrara, F. (1957). *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Temis.

Carrasquilla, J. F. (2002). *Derecho Penal Liberal de Hoy*. Bogotá: Ibáñez.

Cuellar, J. B. (2004). *El Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Devis, H. (2015). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Díaz, M. A. (1998). *Código federal de procedimientos penales Comentado*. Mexico D.F: Porrúa.

Dworkin, R. (1990). Retorno al derecho natural. En *Derecho y moral: ensayos analíticos* (pág. 23). Barcelona: Ariel.

Echandía, H. D. (2015). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Eduardo Ferrer Mc Gregor. (2009). *Crónica de tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. Buenos Aires: Marcial Pons-UNAM.

Fenoll, J. N. (2013). *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.

Fierro-Méndez, H. (2006). *La Prueba en el Derecho Penal*. Bogotá: Leyer.

- García Vargas, K. K., & Pérez Fuentes, C. A. (2015). La jurisdicción ordinaria y la indeterminación restrictiva que representa el tipo penal de prevaricato en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 241-272.
- Gil, P. V. (2014). ¿la prueba es suficiente cuando es suficiente? Una aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. *Pensar en Derecho*, 131-160.
- Goldman, A. (2005). Legal Evidence. En M. G. Edmunson, *The blackwell guid to the philosophy of law and legal theory* (págs. 163-175). Maden: Blacwell Publishing.
- Gozaini, O. (2008). El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno. En *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar.
- Higa, P. L. (2015). Prácticas epistémicas de justificación y estándares de prueba: Una reflexión desde la obra tardía de Wittgenstein. En A. Páez, *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (págs. 153- 166). Bogotá: Los andes.
- Iriarte, G. C. (2008). *Derecho Probatorio y Pruebas Penales*. Bogotá: Legis.
- Laudan, L. (2006). *Truth, Error and Criminal Law*. Madrid: Marcial Pons.
- León, L. (2012). La metodología de la investigación jurídica en el derecho. México: UNAM
- Lipton, P. (2000). *Inference to the best explanaiton*. Malden : Blackwell.
- Liszt, F. V. (1927). *Tratado de derecho penal*. Madrid: Reus.
- López, D. (2000). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- López, M. F. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.
- Lycan, W. (1988). *Judgment an justification*. New York: Cambridge University Press.
- Marrero, D. (2015). Lineamientos generales para una epistemología jurídica. En A. Páez, *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (págs. 15- 33). Bogotá : Los andes.
- Martínez, G. (2006). *Procedimiento penal colombiano: Sistema penal acusatorio*.

Bogotá :

Temis.

Martínez, J. (2013). *La presunción de inocencia en materia penal*. México D.F: Porrúa.

Muñoz, C. F. (1989). *Teoría general del delito*. Madrid: Tirant lo Blanch.

Naranjo, M. V. (2012). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.

Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona : Ariel Derecho.

Orellana, O. A. (2014). *Teoría del Delito*. México: Porrúa.

Parra, J. (2006). Reforma al Sistema Penal Colombiano. *Opinión Jurídica*, 177-198.

Parra, J. (2013). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Peláez, J. M. (2016). Crítica filosófica al concepto de verdad en el proceso penal elaborado por la Corte Suprema de Justicia. En I. C. Procesal, *XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 125-174). Medellín: Universidad Libre-ICDP.

Peyrano, J. (2010). *La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Maquina de IMpedir en Materia Juridica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

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

Quinche, M. F. (2014). *El precedente judicial y sus reglas*. Bogotá: Legis.

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

Ramírez Carvajal, D. M. (2013). Contornos del derecho procesal contemporáneo: luces desde la obra de Michele Taruffo. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 171-188.

Roxín, C. (1991). *Strafverfahrensrecht*. München: C.H Beck.

Roxín, C. (1997). *Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Civitas.

Sagües, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de Convencionalidad.

Estudios Constitucionales.

Sanabria Villamizar, R. J. (2014). Teleología de la cláusula de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 83-110.

Schum, D. (2016). *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*. Medellín : Orión Vargas Vélez.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2005). Prólogo. En J. Ferrer, *Prueba y verdad en el derecho* (pág. 12). Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Troncoso Mojica, J. A. (2015). El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 91-118.

Urbano, J. J. (2006). Los Fines Constitucionales del Proceso Penal Como Parámetros de Control de Principio de Oportunidad. *Derecho Penal y Criminología*, 27(80), 111-128.

Velásquez, F. V. (2010). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá : Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

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.

Wittgenstein, L. (2006). *Sobre la certeza*. Barcelona: Gedisa.

Leyes

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: Diario Oficial Diario Oficial 45658 de septiembre 1 de 2004 obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=14787>

Jurisprudencia

Corte Constitucional

Corte Constitucional C. 2002 de 2005 Jaime Araujo Rentería.

Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal

Corte Suprema de justicia, sala de casación penal. Radicado 31103. Magistrado ponente: Sigifredo Espinosa Pérez.

Corte Suprema de justicia, sala de casación penal. Radicado. 328623, magistrado ponente: Maria del Rosario Gonzáles de Lemos.

Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Rad. 22179 del 9 de marzo de 2006. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero

Corte suprema de justicia- Sala de casación penal- Rad 24468- treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006). Magistrado ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo

Corte suprema de justicia- Sala de casación penal- Rad. 23906- veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007). Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Rad. 23754. De 9 de abril de 2008. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez

Corte suprema de justicia- Sala de casación penal Rad. 31103, de 27 de marzo de 2009. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez,

Corte suprema de justicia- Sala de casación penal Rad. 31147, de 13 de mayo de 2009. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez,

Corte suprema de justicia- Sala de casación penal Rad. 36402, de 5 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero

Corte suprema de justicia- Sala de casación penal Rad 40634, 31 de julio de 2013. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero,

Corte suprema de justicia- Sala de casación penal Rad. 42191, 11 de diciembre de 2013. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero

Corte Suprema de justicia, sala de casación penal. Rad 41505, de 11 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Rad- 36187 de 17 de octubre de 2012. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Rad 35159, de 31 de octubre de 2012. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.
 Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal. Rad 43388, de 26 de marzo de 2014

Sentencias extranjeras

Corte Suprema de justicia Estados Unidos US vs Andujar, 49 F.3 16 P. 24
 Abellán, M. G. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Accatino, D. (2015). La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales. En A. Páez, *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (págs. 65-87). Bogot'a: Los andes.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales .

Asúa, L. J. (1963). *Tratado de derecho penal* . Buenos Aires: Losada.

Beccaria, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*. Pisapia.

Beltrán, J. F. (2006). La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión. *Estudios sobre la prueba*, 1-40.

Benavides Vanegas, F. S. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 237-264.

Bernal, J. &. (2013). *El Proceso Penal* (Vol. I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, J. &. (2013). *El Proceso Penal* (Vol. II). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Betancur, N. A. (2010). *Curso de derecho penal (esquemas del delito)*. Medellín : Nuevo Foro.

Boek, D. P. (2012). *La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.

Bustamante, M. M. (2010). El estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de

inocencia. En *La prueba y la decisión judicial* (págs. 185-219). Medellín: Universidad de Medellín.

Caicedo, J. H. (2013). *Manual del Proceso Penal Acusatorio*. Bogotá: Universidad Libre.

Capelleti, M. (1987). La justicia Constitucional. *Estudios de derecho comparado*.

Carbonell, M. (2003). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.

Carrara, F. (1957). *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Temis.



Carrasquilla, J. F. (2002). *Derecho Penal Liberal de Hoy*. Bogotá: Ibañez.



ANÁLISIS DE LA CRISIS DEL HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ POR LA ATENCIÓN DE LA POBLACIÓN VENEZOLANA FRENTE AL DERECHO IRRENUNCIABLE A LA SEGURIDAD SOCIAL.

Luis Miguel López Celemín⁴¹

Fecha de recepción: 3 de marzo de 2017

Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2017

Referencia: LÓPEZ CELEMÍN, Luis Miguel. *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. Vol. 3. Núm 4. Págs. 191 a 218. Disponible en: revistas.udenar.edu.co/index.php/codex

ABSTRACT: This paper tries to analyze the economic crisis that has come crossing the Erasmo Meoz University Hospital as a result of the massive migration of Venezuelans in search of medical attention, in order to establish their relationship with the right irrevocable to the social security of all the inhabitants of the Colombian territory. In development of the research problem, the behavior of the invoicing by services in areas of emergency, maternal perinatal and pediatrics, as critical services rendered that do not generate visible recovery solution to the general system of participation in the short term. Likewise, it details how the considerably increasing of the delinquent portfolio of the Health Promoting Companies (EPS), added to the new ingredient of context migration socioeconomic

⁴¹ Economista, Especialista en seguridad Social, Especialista en Gerencia Financiera y Especialista en Contratación Estatal: miguel.celemín@unilibre.edu.co

situation, generate a situation of financial unsustainability to the Hospital that affects the provision of the fundamental service to the population, both national and foreign.

KEYWORDS: Default portfolio, social security, migration, sustainability financial

RESUMEN: Este trabajo intenta analizar la crisis económica por la que ha venido atravesando el Hospital Universitario Erasmo Meoz a consecuencia de la migración masiva de venezolanos en busca de atención médica, a fin de establecer su relación frente al derecho irrenunciable a la seguridad social de todos los habitantes del territorio colombiano. En desarrollo del problema de investigación, se describe el comportamiento de la facturación por servicios en áreas de urgencias, materno perinatal y pediatría, como servicios críticos prestados que no generan solución visible de recobro al sistema general de participación en el corto plazo. Así mismo, se detalla cómo el aumentando considerablemente de la cartera morosa de las Empresas Promotoras de Salud (EPS), sumado al nuevo ingrediente de migración del contexto socioeconómico nacional, generan una situación de insostenibilidad financiera al Hospital que afecta la prestación del servicio fundamental a la población tanto nacional como extranjera.

PALABRAS CLAVE: Cartera morosa, seguridad social, migración, sostenibilidad financiera

INTRODUCCIÓN

El Hospital Universitario Erasmo Meoz, en adelante HUEM, es una entidad pública descentralizada del orden departamental con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Su principal función es la prestación de servicios de salud de baja, mediana y alta complejidad con una gran cobertura en Norte de Santander y ciudades fronterizas de la República Bolivariana de Venezuela (Ordenanza N° 0038 , 2003).

Hace varios años el Hospital Universitario Erasmo Meóz, se encuentra en crisis financiera derivada de la deuda de las Empresas Promotoras

de Salud (EPS) por servicios prestados a cotizantes y beneficiarios, tanto del régimen contributivo como del subsidiado. Adicional a lo anterior, desde la apertura del corredor humanitario en la frontera el 13 de agosto de 2016 (Revista Semana, 2017), gran cantidad de migrantes han buscado atención médica en el HUEM por ser este el centro asistencial más importante del Departamento. En su gran mayoría, acuden mujeres en estado de embarazo, heridos y pacientes que padecen enfermedades de alto costo (cáncer, sida, diálisis renales, hipertensión arterial et.), (Caracol Radio, 2017)

El Ministerio de Salud y Protección Social ante la magnitud de la problemática social de migración extranjera, expidió el Decreto 866 del año 2017, el cual define los mecanismos y establece las condiciones para que los ciudadanos extranjeros de zonas fronterizas y nacionales que ingresan a nuestro país reciban atención por parte del sistema de salud; a su vez, los hospitales y centros médicos públicos estarían en la obligación de prestar el servicio de urgencias cuando este sea requerido, emitiendo la facturación de dichos servicios al Instituto Departamental de Salud (IDS) entidad que tiene a cargo la distribución a nivel departamental de los recursos que el gobierno nacional ha destinado para cubrir dicha contingencia.

Con el ánimo de controlar el acceso a beneficios de la población migrante regular, la Unidad Especial de Migración Colombia emitió la Resolución 1272 del 28 de julio del año 2017, la cual permite que los nacionales fronterizos trabajen, estudien y desarrollen actividades legales dentro del territorio nacional, además afiliarse al sistema de seguridad social por medio del Permiso Especial de Permanencia (PEP).

Las normas reglamentarias recientes encaminadas a mitigar el impacto de la migración de venezolanos están amparadas en disposiciones constitucionales y legales⁴², además de reiterada jurisprudencia que será objeto de análisis en la presente investigación. Sin embargo, es importante resaltar que gran parte de la materialización del derecho a la salud y a la seguridad social se realiza a través de la efectiva prestación del servicio en las instituciones,

⁴² Constitución Política de Colombia, Artículo 48. La Seguridad Social *es un servicio público de carácter obligatorio* que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley

Ley 100 de 1993, Artículo 154. **INTERVENCIÓN DEL ESTADO.** El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 <366, 367, 368, 369> de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines: ...

(B): Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia

por cuanto la realidad económica de las mismas es fundamental para la asistencia de calidad de toda la población beneficiaria.

El objetivo fundamental del presente artículo es analizar el impacto económico del ingreso masivo de migrantes que demandan servicios de salud en la sostenibilidad financiera del HUEM tomando como referencia el año 2016 y los meses de enero a agosto del año 2017, frente al derecho irrenunciable a la seguridad social de la población extranjera radicada en el país.

Con tales fines, el artículo de investigación está organizado de la siguiente manera: contexto de la crisis de frontera y del HUEM. Análisis de la demanda de los servicios de la salud del año 2016 y de los meses enero a agosto de 2017. Estudio comparativo de la demanda de servicios de atención a extranjeros en el HUEM en el año 2016 y los meses de enero a mayo del año 2017. Por último, un breve comentario de las normas que obligan a las instituciones a prestar servicios de salud a la población extranjera.

El diseño de la investigación es socio-jurídica de enfoque descriptivo cuantitativo, con método de análisis y síntesis de los distintos datos obtenidos a través de peticiones a las instituciones y consulta en base de datos disponibles en internet.

1. Crisis De Frontera

El municipio de San José de Cúcuta ha sido foco de interés de la opinión pública por los cierres fronterizos desde el 13 diciembre del año 2012, cuando el gobierno venezolano decidió cerrar la frontera por 72 horas con motivo de las elecciones regionales. A partir de ese momento, fueron cada vez más los cierres fronterizos por distintos motivos de carácter político, hasta el día 11 de diciembre de 2014, fecha en la cual el Presidente Nicolás Maduro ordenó cerrar indefinidamente la frontera por los puentes Simón Bolívar y Francisco de Paula Santander desde las 10 pm hasta las 5 am, con un argumento diferente, luchar contra el contrabando desde Venezuela de combustibles y alimentos de primera necesidad.

El cierre permanente de la frontera inició el día 19 de agosto del año 2015 como resultado del “accionar armado” de un grupo al margen de la ley contra tres miembros de la Guardia Nacional Bolivariana en el municipio de San Antonio del Táchira. Según declaraciones públicas del Presidente de Venezuela, un grupo de paramilitares colombianos que controlaban el narcotrá-

fico hirieron a los militares y como respuesta decretó el cierre inicial por tres días que se extendió a un estado de excepción para los Estados fronterizos con allanamientos y deportaciones masivas de colombianos que tenían décadas viviendo en zona de frontera (El País, 2015). Este primer éxodo generó afectaciones económicas a la región que dependía casi exclusivamente del comercio binacional legal e ilegal.

Tras el cierre fronterizo, no solo los municipios aledaños se han visto afectados, los problemas socioeconómicos de hiperinflación traducidos en escases de todo tipo de productos en Venezuela generaron un efecto “búmeran” en toda la población del vecino país que comenzaron a buscar en Colombia, pese al diferencial cambiario, una oportunidad de abastecer su canasta básica. En un principio, las compras más frecuentes se enfocaban a la canasta familiar, no obstante, con la profundización de la crisis también se comenzó a desplazar la población buscando expectativas laborales y atención primaria en salud.

2. Crisis Financiera En El Hospital Erasmo Meoz

El HUEM fue fundado el 15 de octubre de 1987 tras el cierre del Hospital San Juan de Dios; su nombre hace homenaje a Erasmo Meoz Wells nacido el 5 de octubre de 1858 quien fue el primer médico de gran fama y prestigio a quien apodaron el “medico de los pobres”. Es el centro de salud más importante de la ciudad de Cúcuta y del departamento Norte de Santander, el cual presta servicios de salud de mediana y alta complejidad (urgencias, consulta externa, medicina interna, pediatría, neonatología, ginecología, obstetricia, cirugía general y especializada, unidad de cuidados intensivos, endoscopia, anestesiología, quirófanos, recuperación, sala de partos, esterilización, imagenología, laboratorio clínico, banco de sangre, patología, radio-oncología, medicina física y rehabilitación, farmacia, nutrición etc.), con una gran cobertura a la población de Cúcuta, Pamplona, Ocaña, regiones cercanas y fronterizas.

Los recursos para el sostenimiento financiero del HUEM provienen de la facturación y cobros por servicios médicos al régimen contributivo, particulares y régimen subsidiado; recursos que destina el Estado a través del sistema de participación, recursos del IDS, recursos recaudados por la estampilla Pro-hospital. Adicional a lo anterior, el hospital recibe rentas transferidas al sector de la salud por parte de impuestos de loterías, licores, cigarrillos y demás establecidas en el estatuto tributario del Departamento.

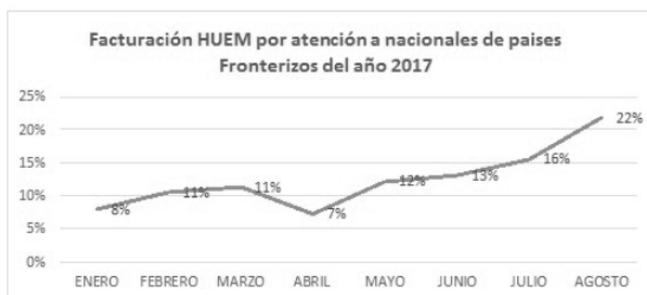
Pese a los ingresos, desde hace varios años el Hospital ha estado afrontando crisis económica. Durante el año 2011, las deficiencias administrativas (falta de personal) y asistenciales (falta de medicamentos, insumos hospitalarios, personal médico etc.) generó que el Ministerio de protección social bajo la resolución No. 0002509 del 29 de agosto de 2012, declara la entidad de ALTO RIESGO. Cabe resaltar que el Hospital ha logrado tener avances significativos en el manejo de los recursos, generando como resultado la calificación de riesgo bajo en el año 2015. Pero a pesar de la gestión administrativa, la cartera morosa que asciende a 195.500 millones de pesos, es profundizada por el problema socioeconómico del país fronterizo y en este rubro genera insostenibilidad financiera.

Por otra parte, el valor del contrato del año 2017 entre el IDS y el HUEM para la atención de población pobre no asegurada es de COP 7.087.998.688. Según la información obtenida⁴³, para el mes de agosto del año 2017 la ejecución solo en atención a personal extranjero sumaba COP 4.608.884.428, es decir, 65% del valor del contrato al mes de agosto, información preocupante teniendo en cuenta que esta cifra solo corresponde a la atención de personal extranjero en cuya destinación corresponde a toda la población pobre no asegurada atendida por el HUEM. (Instituto Departamental de Salud, 2017).

3. Demanda De Servicios De Atención A Extranjeros En El Huem

El gráfico 1 corresponde a la facturación por servicios prestados a venezolanos durante los ocho primeros meses del año 2017, en la cual se destaca el incremento de 14 puntos en el mes de agosto del valor facturado respecto de enero, una variación porcentual de 1.74%

Gráfica 1.



43 Información aportada por el auditor de cuentas médicas del contrato entre IDS y el Hospital Erasmo Meoz MANUEL CAMILO PINZON PEÑALOZA en entrevista practicada el día 05 de octubre del 2017.

Fuente: IDS - Elaboración propia

Los gastos ejecutados según el número de facturas emitidas por conceptos de atención a población venezolana en el HUEM arrojan que el promedio de facturas de los ocho meses del año 2017 fue de 424.1, no obstante, el mes de agosto tuvo un incremento de 211 facturas respecto del mes de julio, esto quiere decir que pasó de facturar COP 720.175.298 a COP 1.006.338.072 en un mes. Todo lo anterior, sumado al hacinamiento del 200% en las áreas de urgencias, materno perinatal y pediatría (El Tiempo, 2017) y la demora en los pagos del IDS, comprometen la sostenibilidad de la entidad prestadora de servicios.

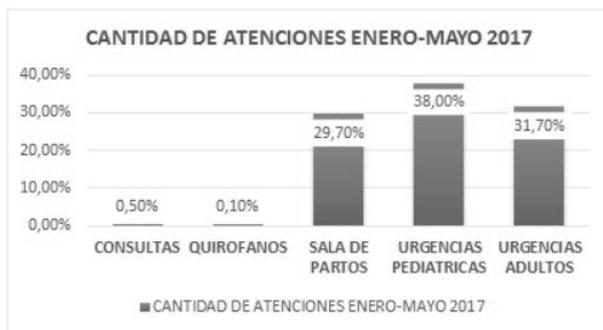
Tabla 1.

MES	Nº DE FACTURAS	VALOR TOTAL
ENERO	349	\$ 365.967.518
FEBRERO	309	\$ 489.859.297
MARZO	315	\$ 520.636.502
ABRIL	319	\$ 336.515.755
MAYO	442	\$ 563.641.772
JUNIO	468	\$ 605.705.214
JULIO	490	\$ 720.175.298
AGOSTO	701	\$ 1.006.383.072
TOTAL		\$ 4.608.884.428

Fuente: IDS - Elaboración propia

Respecto de las atenciones por servicios, en el periodo de enero a mayo de 2017 el total de las atenciones correspondió a 1.746, en la gráfica 2, se observa que el 0.5% corresponde a las consultas médicas; el 0.1% servicio de quirófano; mientras que los aumentos considerables en las atenciones los reflejan las salas de partos, las urgencias de pediatría y las urgencias para adultos, con porcentajes de 29.7%; 38% y 31.7% respectivamente.

Gráfica 2



Fuente: Elaboración propia – datos HUEM

La gráfica 3 representa la cantidad de atenciones a usuarios venezolanos durante el periodo de enero a mayo del año 2017. La atención total ascendió a 1.549 extranjeros, es decir el 88.7% del total atendido en HUEM en el mismo periodo.

Para los meses de enero a marzo se evidencia una tendencia negativa poco elástica con porcentajes de 20%, 18% y 18% respectivamente, contrarrestada a partir del mes de abril que refleja un aumento en un punto porcentual respecto del mes anterior; para el mes de mayo se incrementa la cantidad usuarios a un 25%. (Hospital Universitario Erasmo Meóz, 2017)

Gráfica 3

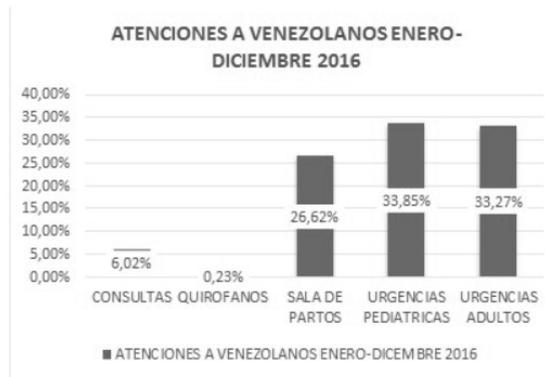


Fuente: Elaboración propia – datos HUEM

4. COMPARATIVO DE LA DEMANDA DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A EXTRANJEROS EN EL HUEM EN LOS AÑOS 2016 Y 2017

Para el año 2016, el total de atenciones a venezolanos fue de 2,558 y hasta el mes de mayo de 2017 ascendía a 1549. En el gráfico 4, se observa que la participación de las consultas generales al año 2016 corresponden a un 6.02%; quirófanos el 0.23%; sala de partos 26.62% y los dos porcentajes con mayor consideración, corresponden a urgencias pediátricas y urgencias de adultos con 33.85% y 33.27% respectivamente.

Gráfica 4.



Fuente: Elaboración propia - HUEM

La gráfica 5 corresponde a la distribución de pacientes extranjeros atendidos en los meses de enero a diciembre del 2016, lo cual evidencia aumentos considerables en los meses de agosto a diciembre con porcentajes de 12%, 11%, 15%, 11% y 12% correspondientemente.

Gráfica 5.



Fuente: Elaboración propia - HUEM

La tabla 2, compara el total de valores mensuales facturados en los años 2016 y 2017 de la población extranjera, así como su incremento porcentual, de lo cual se puede concluir que en promedio – enero a agosto – en el año 2017, se incrementó el valor facturado en un 537%

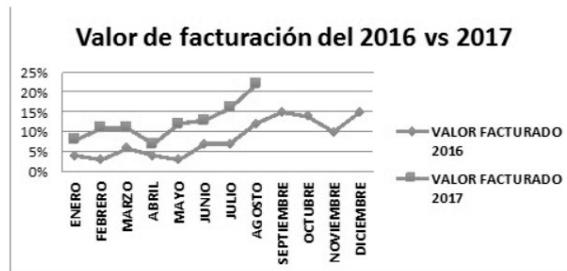
Tabla N° 2.

MES	VALOR FACTURADO		INCREMENTO DEL AÑO 2017
	2016	2017	
ENERO	\$82.731.460	\$365.967.518	442%
FEBRERO	\$61.266.949	\$489.859.297	800%
MARZO	\$133.718.044	\$520.636.502	389%
ABRIL	\$86.577.051	\$336.515.755	389%
MAYO	\$55.431.041	\$563.641.772	1017%
JUNIO	\$150.877.730	\$605.705.214	401%
JULIO	\$158.584.548	\$720.175.298	454%
AGOSTO	\$247.137.097	\$1.006.383.072	407%
SEPTIEMBRE	\$315.821.969		
OCTUBRE	\$302.421.186		
NOVIEMBRE	\$214.292.652		
DECIEMBRE	\$315.749.206		
TOTAL	\$2.124.608.933	\$4.608.884.428	217%

Fuente: Hospital Erasmo Meoz – Elaboración Propia

La gráfica 7 muestra la comparación de los valores facturados del 2016 y los meses de enero a agosto del 2017, respecto de la participación porcentual en el valor total facturado. En el mes de agosto de 2017 la participación de la facturación fue de 22%, 10 puntos más que el mes de agosto del 2016 donde se ubicó en el 12%. En lo que ha corrido del año duplicó el valor facturado en el 2016, pasando de COP 2.124.608.933 a COP 4.608.884.428 tan solo hasta el mes de agosto del año 2017.

Gráfica 7.



Fuente: Elaboración propia – HUEM

5. Deudas De Las Eps Con El Huem.

El número masivo de venezolanos y de usuarios de las EPS que han llegado en busca de atención médica, obliga a que se conviertan las salas de espera del Hospital en verdaderas salas de urgencias (La Opinión, 2017). El principal inconveniente radica en la falta de pagos por servicios médico-prestados a los afiliados a las EPS y la demora en las transferencias por parte de las aseguradoras del SOAT. La situación es tan compleja que la cartera neta del Hospital asciende al monto de COP 196.500.037.000; donde COP 40.734.703.000 corresponden a EPS en liquidación como CAPRECOM, SOLSALUD S.A, SALUCOOP y Golden GROUP S.A. Otro grupo de EPS que en la actualidad tienen deudas que superan los \$90.000.000.000 con el HUEM son SALUDVIDA S.A, CAFESALUD S.A, ECOOPSOS Entidad Cooperativa, NUEVA EPS S.A, COOSALUD, COMPARTA - S Y COOMEVA EPS (Hospital Universitario Erasmo Meoz, 2017).

Tabla 3.

ENTIDAD	CARTERA BRUTA	OBJECIONES	CARTERA NETA	%	COBRO JURIDICO	SUPERSALUD
ENTIDADES EN LIQUIDACION	43.317.645	2.582.942	40.734.703	21%	25.433.850	503.654
OTRAS	42.634.939	6.532.836	36.102.104	18%	9.139.665	733.733
SALUDVIDA S.A. EPS	29.440.611	749.341	28.691.270	15%	15.047.703	5.006.813
ECOOPSOS - ENTIDAD COOP. SOLIDARIA DE SALUD	24.040.098	4.174.834	19.865.264	10%	21.001.889	988.475
CAFESALUD EPS SA	23.393.363	2.024.731	21.368.632	11%	438.104	1.907.692
FOSYGA	19.858.621	9.508.533	10.350.088	5%	15.785.036	0
NUEVA EPS S.A.	9.919.244	174.273	9.744.971	5%	2.909.055	512.629
DUMIAN	9.384.724	0	9.384.724	5%	0	0
EXTRANJEROS	9.334.914	7.194.165	2.140.749	1%	0	0
COOSALUD EPS	7.681.491	607.902	7.073.589	4%	3.023.928	0
COMPARTA EPS-S ^{***}	6.987.562	4.080.462	2.907.100	1%	4.490.220	2.407.748
COOMEVA EPS	6.634.195	311.026	6.323.168	3%	5.467.331	82.638
QBE SEGUROS S.A	3.680.204	1.866.528	1.813.675	1%	3.359.705	0
TOTAL	236.307.611	39.807.573	196.500.037	100%	106.096.486	12.143.382

Fuente: Informe de rendición de cuentas de la ESE. HUEM 2017.

6. El Derecho Irrenunciable A La Seguridad Social Frente A La Crisis Migratoria.

Teniendo en cuenta la situación vulnerable de la población venezolana en Colombia, es menester destacar el escenario jurídico que ampara a los extranjeros en el territorio colombiano en seguridad social, especialmente en atención de servicios de salud.

La Constitución Política de Colombia de 1991 en el artículo 48 menciona: “la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del estado en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad... Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”; En la doctrina, el profesor Arenas Monsalve, amplía esta definición constitucional indicando que la seguridad social es el conjunto de normas a través de las cuales la comunidad y las personas gozan de una calidad de vida acorde con la dignidad humana, el sistema de seguridad social es un derecho irrenunciable que debe ser prestado como servicio público por parte del estado; el cual debe velar por que cada día sea progresivo de modo que cubra cada vez más la población (Monsalve, 2008). De esta forma, este derecho fundamental tiene un alcance constitucional que cobija a todos los habitantes del territorio, sin discriminar nacionalidad, sexo o edad, para la garantía de estos postulados es vigilado y controlado por el Ministerio de Salud y Protección social, además de las acciones presentes en la carta superior tendientes a la satisfacción de los derechos fundamentales.

En ese mismo sentido, el artículo 100 superior dispone de manera más precisa que “los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos...”, derechos que son limitados por la ley y la jurisprudencia, sin embargo, es un postulado constitucional en la garantía de igualdad entre nacionales y extranjeros dentro del territorio.

La ley marco de la seguridad social, Ley 100 de 1993, en el artículo 2 reconoce dos de los principios fundamentales de la seguridad social: Universalidad (Protección a todas las personas sin discriminación) y Solidaridad (Ayuda mutua entre personas, generaciones, sectores económicos, regiones y comunidades), de los cuales el gobierno nacional tomó para adoptar medidas que permitan proteger los derechos de los nacionales fronterizos y así brindarles la calidad de vida acorde a la dignidad humana.

En ese sentido, se expide la ley 1438 del 2011, la cual tiene como propósito fundamental “establecer la unificación del Plan de Beneficios para todos los residentes, la universalidad del aseguramiento y la garantía de portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país, en un marco de sostenibilidad financiera”, por tanto, esta ley es uno de los soportes jurídicos para la garantía en la prestación del servicio a los extranjeros residentes, entiéndase la residencia como el lugar donde una persona habita o de manera regular está de asiento (Sentencia C - 307, 1995), aunque pueda no parecer extensiva la definición para todos los casos de extranjeros en la ciudad, específicamente en la atención de servicios médicos en el HUEM, El carácter de los principios de Solidaridad y Universalidad ordenan optimizar el concepto para que sea cumplido en la mayor medida posible (Alexy, EL concepto y la validez del Derecho, 2004) y abarcar a toda la población dentro del territorio tanto residencia regular o como irregular.

El artículo 32 de la mencionada ley, determinó que el Gobierno Nacional desarrollaría todos los mecanismos para garantizar la afiliación de todos los residentes del Estado al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Además, la norma establece que cuando una persona que requiera la atención en salud, no se encuentre afiliada al sistema, ni tenga capacidad de pago, deberá ser atendida obligatoriamente por la entidad territorial. En el caso de la población extranjera, el parágrafo primero establece que quienes ingresen al país, no sean residente y no estén asegurados, se los incentivará a adquirir un seguro médico; situación poco aplicable para la condición de vulnerabilidad en la que se ingresan los extranjeros que solicitan servicios médicos a conse-

cuencia de la grave crisis socioeconómica en el país de Venezuela.

El gobierno nacional con el fin de brindar la protección a los venezolanos que migran hacia Colombia desde la apertura del paso fronterizo, expidió por medio del Ministerio de Salud y Protección Social, el Decreto 866 del 25 de mayo de 2017, el cual establece la obligación de los hospitales y centros públicos de salud a prestar el servicio de urgencias a nacionales de países fronterizos; para ello, el gobierno nacional a través de la cuenta del Ministerio de salud y Protección ADRES pone a disposición recursos de la subcuenta ECAT⁴⁴ para el pago de los servicios mencionados prestados por la red pública hospitalaria a nacionales fronterizos (ciudadanos venezolanos). Estos recursos se girarán a una cuenta especial adscrita al IDS; según la programación de giros que el Ministerio de Salud y Protección Social acuerde con la respectiva entidad territorial (IDS); y además con la disponibilidad de excedentes de recursos de la subcuenta ECAT.

Adicionalmente, por iniciativa de Migración Colombia, se expide la Resolución 1272 del 28 de julio del año 2017, en la cual a partir del 03 de agosto del 2017 empezó a funcionar el Permiso Especial de Permanencia (PEP), el cual tiene una vigencia de 90 días a partir de su fecha de expedición y se puede prorrogar hasta por dos años; según declaraciones emitidas por Crithian Kruger Sarmiento, Director General de Migración Colombia, esta medida permitirá que los ciudadanos venezolanos trabajen, estudien y desarrollen actividades legales dentro del territorio nacional, además de afiliarse al sistema de seguridad social, según requisitos establecidos por las autoridades de salud (Migración Colombia, 2017).

Siguiendo los parámetros establecidos por Migración Colombia con respecto al PEP, el Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la Resolución 3015 del 18 de agosto de 2017, incluye dicho permiso como documento válido para que los venezolanos se puedan afiliar al sistema de salud en Colombia. De acuerdo con esta nueva resolución, los ciudadanos venezolanos podrán acceder a sistema de salud de tres formas:

1. Cotizando al Régimen Contributivo
2. Cotizando como Trabajador Independiente

44 ECAT: Esta subcuenta subsana el costo de las atenciones de las víctimas de accidentes de tránsito a través del SOAT y las víctimas de eventos catastróficos y terroristas.

3. Solicitando encuesta del SISBEN, y cumplir con los requisitos para ingresar al régimen Subsidiado.

En atención a los pronunciamientos de las altas cortes, y aunque es bastante reciente la situación socioeconómica proveniente de la migración de venezolanos en los términos jurisdiccionales, existen reiteradas decisiones que confirman el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud de los residentes venezolanos – regulares o irregulares - en el territorio nacional. Una de ellas, es el caso de un menor de 11 años de edad residente de manera irregular en el territorio colombiano que padece la enfermedad de “Linfoma de Hodgkin” diagnosticada desde el año 2012 en su país de origen. Por la grave crisis en Venezuela desde el año 2016 el menor carecía de tratamiento por lo cual se trasladó a la ciudad de Cúcuta para recibir los servicios en el Hospital Universitario Erasmo Meoz, donde fue atendida la urgencia. Luego de la valoración, se determinó que requería manejo especializado no disponible en la ciudad, situación que generó una negación parcial del servicio ante el vacío de quien debería sufragar los gastos de una persona extranjera irregular.

El juzgado de primera instancia accedió a las pretensiones y ordenó el amparo de los derechos del menor, sin embargo, en impugnación ante el tribunal se revocó la decisión al considerar que el menor de nacionalidad venezolana es “un extranjero que no se encuentra legalmente establecido en Colombia para gozar de los servicios de salud, y por ello sólo tiene derecho a que se le brinde la atención de urgencias (...) sin que ello incluya la entrega de medicamentos ni la autorización de procedimientos posteriores a la atención de urgencias. En consecuencia, la Sala considera que las entidades accionadas no han vulnerado los derechos fundamentales invocados por la accionante RSC, quien actúa en representación de su menor hijo CEOS, en la medida en que se le prestaron los servicios de salud que ha necesitado en urgencias, siendo obligación de la señora RSC iniciar los trámites para acreditar su residencia o domicilio legal en este país y realizar la afiliación al sistema de seguridad social en salud”⁴⁵

La Corte Constitucional revocó la sentencia de segunda instancia y amparó los derechos del menor concluyendo que los extranje-

⁴⁵ Cómo medida de protección a la intimidad del menor la Corte Constitucional suprimió los nombres del menor y de su madre, replazándolos por las iniciales.

ros no residentes tienen derecho a recibir por parte del Estado una atención mínima de urgencias, que comprende “(i) emplear todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas. Igualmente, en caso de que el medio necesario para lo anterior no esté disponible en el hospital que presta la atención de urgencias inicial (ii) remitir inmediatamente al paciente a una entidad prestadora del servicio que sí disponga del medio necesario para estabilizarlo y preservar la vida del paciente”. Por último resalta que “la garantía mínima del derecho a la salud para extranjeros no residentes comprende el derecho a recibir un mínimo de servicios de salud de atención de urgencias para atender sus necesidades básicas con el fin de preservar la vida cuando no haya un medio alternativo, la persona no cuente con recursos para costearlo y se trate de un caso grave y excepcional”. (Sentencia T - 705, 2017)

Antes de la emisión del decreto 866 del año 2017, la Corte en pronunciamientos en sede de tutela⁴⁶, venía reiterando la prevalencia del derecho fundamental a la salud y la seguridad social de los extranjeros en estado de vulnerabilidad como población pobre no asegurada, estos recursos son financiados del sistema general de participaciones a las entidades territoriales que a su vez cancelan las facturas a las instituciones prestadoras de servicios. Entre las sentencias que apoyan la tesis de la prevalencia del derecho fundamental a la salud a la población pobre no asegurada, de la cual hace parte el grueso de los migrantes extranjeros irregulares, se encuentra el caso del ciudadano argentino CARLOS WALTER SCHULE, el cual instaura la acción constitucional ante la negación del tratamiento y suministro de los medicamentos “Colchicina, Enapril Maleato, Tramadol Clorhidrato e Insulina Glargina” por no estar afiliado a ninguna EPS en atención a su condición de extranjero irregular.

La Corte negó las pretensiones del accionante dado que se demostró que no poseía un documento de identificación válido en el territorio colombiano para la afiliación a la seguridad social según los artículos 2.1.3.2 y 2.1.3.4 del decreto 780 del 2016, por cuanto los ciudadanos extranjeros tienen la obligación de cumplir la Constitución Política y las leyes establecidas para todos los residentes en Colombia. No obstante, la sentencia también recono-

⁴⁶ Frente a la acción de tutela pueden consultarse los siguientes estudios: Jiménez Ramírez, M. C. (2014). Procedencia de la acción de tutela contra sentencias: una aproximación a la jurisprudencia constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 37-69.

ce el 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.

Es importante resaltar que la Corte reitera lo dispuesto en la sentencia T - 614 y T -611 del 2014, sobre la imposición a las entidades territoriales que trajo consigo el artículo 32 de la ley 1438 del 2011, las cuales deben asumir ...” *de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a la salud.*” (Sentencia T - 314, 2016)

Ante las reiteradas tutelas por el fenómeno migratorio, la Corte Constitucional profirió la Sentencia de Unificación SU677 de 2017, la cual reafirmó la tesis de las anteriores sentencias y en el reconocimiento de la crisis humanitaria derivada de la migración masiva de ciudadanos venezolanos reiteró las siguientes condiciones al servicio de atención en salud:

1. El deber del Estado colombiano de garantizar algunos derechos fundamentales de los extranjeros con permanencia irregular en el territorio es limitado, pues deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos dentro de ciertos límites de razonabilidad que permiten tratos diferenciados
2. Todos los extranjeros tienen la obligación de cumplir la Constitución Política y las leyes establecidas para todos los residentes en Colombia.
3. Los extranjeros con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado cuando carezcan de recursos económicos, en virtud de la protección de sus derechos a la vida digna y a la integridad física.

De esta forma, se cimentó la posición jurisprudencial sobre los límites y acceso de la población migrante extranjera tanto regular como irregular en el territorio nacional.

CONCLUSIONES

Con base en las anteriores precisiones constitucionales, legales, reglamentarias y jurisprudenciales, se puede afirmar que el derecho fundamental a la Seguridad Social y a la Salud cubre a los migrantes venezolanos residentes de manera regular e irregular en el territorio colombiano. No obstante, la garantía del Estado a la atención en salud es limitada, por cuanto solo tienen derecho a recibir la atención básica y de urgencias con cargo al rubro de población pobre no asegurada cuando carezcan de recursos económicos.

La problemática por el éxodo masivo de venezolanos en el territorio colombiano en búsqueda de servicios de salud en la ciudad de Cúcuta, aumentó la demanda de atenciones en el Hospital Universitario Erasmo Meoz ocasionando el colapso en la prestación del servicio de urgencias, pediatría y gineco-obstetricia. En efecto, se agudizó la crisis financiera que ya traía el centro asistencial por la cartera morosa de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) desde años anteriores.

La realidad socioeconómica de la frontera y las limitaciones presupuestales de las entidades prestadoras 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.

BIBLIOGRAFÍA

Abellán, M. G. (2004). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Accatino, D. (2015). La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales. En A. Páez, *Hechos, evidencia y estándares de prueba* (págs. 65-87). Bogotá: Los andes.

- Alcaldía Municipal de Pasto. (2013). Plan de Seguridad alimentaria y nutricional 2013-2019 “Pasto asegurando la alimentación y nutrición PAAN”. Pasto.
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios constitucionales .
- Alexy, R. (2004). EL concepto y la validez del Derecho. Barcelona, España: Gedisa.
- Alpargatero, L. (2011). La política pública de desplazamiento forzado en Colombia: un pensamiento complejo. Bogotá : Universidad del Rosario.
- Asúa, L. J. (1963). Tratado de derecho penal . Buenos Aires: Losada.
- Beccaria, C. (1764). Dei delitti e delle pene. Pisapia.
- Beltrán, J. F. (2006). La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión. Estudios sobre la prueba, 1-40.
- Bernal, J. &. (2013). El Proceso Penal (Vol. I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J. &. (2013). El Proceso Penal (Vol. II). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Betancur, N. A. (2010). Curso de derecho penal. Bogotá : Nuevo Foro.
- Betancur, N. A. (2010). Curso de derecho penal (esquemas del delito). Medellín : Nuevo Foro.
- Bettioli, G. (1965). Derecho penal parte general. Bogotá: Temis.
- Boek, D. P. (2012). La teoría de la carga dinámica de la prueba en materia penal. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.
- Bustamante, M. M. (2010). El estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia. En La prueba y la decisión judicial (págs. 185-219). Medellín: Universidad de Medellín.
- Bustelo, M. G. (2006). Desterrados: el desplazamiento forzado sigue aumentando en Colombia. México : Red Convergencia.

Caicedo, J. H. (2013). Manual del Proceso Penal Acusatorio. Bogotá: Universidad Libre.

Capelleti, M. (1987). La justicia Constitucional. Estudios de derecho comparado.

Caracol Radio. (28 de Febrero de 2017). Urgencias del Hospital Erasmo Meoz están colapsadas. Cúcuta, Colombia. Obtenido de http://caracol.com.co/emisora/2017/02/28/cucuta/1488285399_206036.html

Carbonell, M. (2003). Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta.

Carrara, F. (1957). Programa de derecho criminal. Bogotá: Temis.

Carrasquilla, J. F. (2002). Derecho Penal Liberal de Hoy. Bogotá: Ibañez.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (11 de Diciembre de 2015). Organización de Estados Americanos. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC51-15-Es.pdf>

Constitución Política de Colombia. (1991). Constitucion Politica de Colombia. Colombia.

Cuellar, J. B. (2004). El Proceso Penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Decreto 866. (25 de Mayo de 2017). Por el cual se sustituye el Capítulo 6 del Título 2 de la Parte 9 del Libro 2 del Decreto 780 del 2016 - en cuanto al giro de los recursos para las atenciones iniciales de urgencia prestadas en el territorio colombiano a los extranjeros. Ministerio de Salud y Protección Social . Colombia. Obtenido de https://minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%20866%20del%202017.pdf

Devis, H. (2015). Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Díaz, M. A. (1998). Código federal de procedimientos penales Comentado. Mexico D.F: Porrúa.

Dworkin, R. (1990). Retorno al derecho natural. En Derecho y moral: ensayos analíticos (pág. 23). Barcelona: Ariel.

Echandía, H. D. (2015). Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Editorial Temis S.A.

El País. (20 de 08 de 2015). Venezuela cierra su frontera con Colombia tras un

- ataque a militares. El País Internacional. Obtenido de https://elpais.com/internacional/2015/08/20/actualidad/1440046617_105035.html
- El Tiempo. (31 de Marzo de 2017). Alerta amarilla en Cúcuta por capacidad desbordada de pacientes. Cúcuta, Colombia. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/capacidad-desbordada-de-pacientes-en-hospital-de-cucuta-73550>
- Engels, F. (1981). El origen de la familia, la propiedad privada y el estado. Moscú: Progreso. Obtenido de <http://www.javeriana.edu.co/personales/jramirez/PDF/Engels-Origen%20de%20la%20familia.pdf>
- Engle, T. B. (2007). Pluralismo Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- FAO, FIDA y PMA. (2015). El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo. Cumplimiento de los objetivos internacionales para 2015 en relación con el hambre: balance de los desiguales progresos. Roma: FAO.
- FAO, FIDA y PMA. (2017). El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo: fomentando la resiliencia en aras de la paz y la seguridad alimentaria. Recuperado el 10 de febrero de 2018, de Organización de Naciones Unidas Para la Agricultura y la Alimentación FAO: <http://www.fao.org/3/a-I7695s.pdf>
- Fenoll, J. N. (2013). La duda en el proceso penal. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón. Madrid: Trotta.
- Ferrer, Eduardo. (2009). Crónica de tribunales Constitucionales en Iberoamérica. Buenos Aires: Marcial Pons-UNAM.
- Fierro-Méndez, H. (2006). La Prueba en el Derecho Penal. Bogotá: Leyer.
- Foucault, M. (1996). La verdad y las formas jurídicas. Barcelona: Gedisa.
- Frank, R. (1907). Estructura del concepto de culpabilidad. Brisgovia: Universidad Ludoviciana.
- García, C. (1999). Orden jurídico cosmopolita y estado mundial en Hans Kelsen. Cuadernos electronicos de Filosofia del derecho, Universitat de Valencia(2).

García, E. (2017). *Introducción a la lógica jurídica*. México: Fontamara.

Gil, P. V. (2014). ¿la prueba es suficiente cuando es suficiente? Una aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. *Pensar en Derecho*, 131-160.

Gobernación de Nariño. (2010). *Plan Decenal de Soberanía y Seguridad Alimentaria y Nutricional de Nariño*. Pasto.

Goldman, A. (2005). *Legal Evidence*. En M. G. Edmunson, *The blackwell guid to the philosophy of law and legal theory* (págs. 163-175). Malden: Blackwell Publishing.

González Gil, A. R. (2006). *Viajeros de ausencias: desplazamiento forzado y acción colectiva en Colombia*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Gozaíni, O. (2008). El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno. En *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar.

Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism*.

Guevara, R. D. (2003). La nueva colonización urbana. El desplazamiento forzado. *Anuario Americanista Europeo*, 191-205.

HART, H. (1983). *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Clarendon Press, 127.

Hegel, W. F. (1939). *Lineas fundamentales de la filosofía del derecho*. Buenos Aires : Claridad.

Herrera, C. M. (1995). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 113-147. Obtenido de <http://www.juridicas.unam.mx>

Herzberg, R. D. (1999). *Reflexiones acerca del concepto juridicopenal de acción y de la negación del delito “pretípicas”*. Madrid: Mc Graw Hill.

Higa, P. L. (2015). Prácticas epistémicas de justificación y estándares de prueba: Una reflexión desde la obra tardía de Wittgenstein. En A. Páez, *Hechos*,

- evidencia y estándares de prueba (págs. 153- 166). Bogotá: Los andes.
- Hitters, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad, comparación (criterios fijados por la corte interamericana de derechos humanos). Estudios Constitucionales.
- Hospital Universitario Erasmo Meóz. (31 de Mayo de 2017). Facturación de Pacientes Venezolanos. Cúcuta, Colombia.
- Hospital Universitario Erasmo Meoz. (2017). Informe de Gestión. Cúcuta. Obtenido de http://www.herasmomeoz.gov.co/images/rendicion_cuentas/2018/INFORMEDEGESTIONVIGENCIA2017.pdf
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). . (2012). La justicia penal en el SRPA en Colombia. Bogotá: Procesos digitales .
- Instituto Departamental de Salud. (05 de 10 de 2017). Reporte de facturación por servicios prestados a extranjeros en los años 2016 y 2017. Cúcuta, Colombia.
- Instituto Nacional de Salud. (11 de Junio de 2014). Protocolo de vigilancia en salud pública. Mortalidad por enfermedad diarreica aguda en <5 años (EDA). Colombia.
- Instituto Nacional de Salud. (diciembre de 2017). Boletín epidemiológico semanal. Obtenido de Semana epidemiológica 52 - Dic 24 al 30 de 2017: <http://www.ins.gov.co/buscador-eventos/BoletinEpidemiologico/2017%20Bolet%C3%ADn%20epidemiol%C3%B3gico%20semana%2052.pdf>
- Instituto Nacional de Salud de Colombia. (05 a 11 de Junio de 2016). Boletín epidemiológico semanal. Semana Epidemiológica Número 23 de 2016.
- Iriarte, G. C. (2008). Derecho Probatorio y Pruebas Penales. Bogotá: Legis.
- Jaimes, J. P. (2014). El desplazamiento forzado en Colombia. Anales de la cátedra Francisco Suarez, 257-275.
- Jakobs, G. (1995). Derecho Penal. Parte General. Madrid: Marcial Pons.
- Kelsen, H. (1943). Derecho y paz en las relaciones internacionales. México: Fondo de cultura económica.
- Kelsen, H. (1946). La paz por medio del derecho. Buenos Aires: Losada.

- Kelsen, H. (1949). Teoría general del derecho y del Estado. México, D. F.: Imprenta Universitaria.
- Kelsen, H. (1965). Principios del derecho internacional público. Buenos Aires: Librería el Ateneo Editorial.
- Kelsen, H. (s.f.). La technique du droit international et l'organisation de la paix.
- La Opinión. (01 de 04 de 2017). Atención a venezolanos agudizó crisis del hospital de Cúcuta. Cúcuta, Colombia. Obtenido de <https://www.laopinion.com.co/cucuta/atencion-venezolanos-agudizo-crisis-del-hospital-de-cucuta-130850>
- Laudan, L. (2006). Truth, Error and Criminal Law. Madrid: Marcial Pons.
- León, L. P. (2012). La metodología de la investigación científica del derecho. Investigaciones jurídicas de la UNAM, 62-87.
- Ley 100. (01 de Abril de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Colombia.
- Ley 1438. (19 de Enero de 2011). Congreso de la República. Por medio del cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C, Colombia.
- Lipton, P. (2000). Inference to the best explanation. Malden : Blackwell.
- Liszt, F. V. (1927). Tratado de derecho penal. Madrid: Reus.
- López, D. (2000). El derecho de los jueces. Bogotá: Legis.
- López, M. F. (2005). Prueba y presunción de inocencia. Madrid: Iustel.
- Lycan, W. (1988). Judgment an justification. New York: Cambridge University Press.
- Maggiore, G. (1954). Derecho Penal. Bogota: Temis.
- Maihofer, W. (1953). Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Marrero, D. (2015). Lineamientos generales para una epistemología jurídica. En A. Páez, Hechos, evidencia y estándares de prueba (págs. 15- 33). Bogotá : Los andes.

- Martínez, G. (2006). *Procedimiento penal colombiano: Sistema penal acusatorio*. Bogotá : Temis.
- Martínez, J. (2013). *La presunción de inocencia en materia penal*. México D.F: Porrúa.
- Maurach, R. (1962). *Tratado de derecho penal*. Córdoba: Ariel.
- Mendoza, A. M. (2012). El desplazamiento forzado en Colombia y la intervención del estado. *Revista de Economía Institucional*, 169-202.
- Mezger, E. (1957). *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de derecho Privado.
- Migración Colombia. (Julio de 2017). Obtenido de <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/prensa/comunicados/comunicados-2017/julio-2017/5091-cancilleria-y-migracion-colombia-anuncian-resolucion-para-regularizar-venezolanos-en-colombia>
- Monsalve, G. A. (2008). *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Bogotá: Legis.
- Montano, P. (2008). Víctima y proceso penal. *Revista de Derecho*, 65-68.
- Montesquieu, C. (1942). *Del espíritu de las leyes*. Buenos Aires: Albatros.
- Muñoz, C. F. (1989). *Teoría general del delito*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Naranjo, M. V. (2012). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá: Temis.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona : Ariel Derecho.
- Ordenanza N° 0038 . (4 de diciembre de 2003). Asamblea Departamental. Por medio de la cual se modifica el artículo 2 de la ordenanza 060 de Diciembre 29 de 1995. Cúcuta, Norte de Santander, Colombia.
- Orellana, O. A. (2014). *Teoría del Delito*. México: Porrúa.
- Parra, J. (2006). Reforma al Sistema Penal Colombiano. *Opinión Jurídica*, 177-198.



- Parra, J. (2013). Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Pascual, C. G. (Marzo de 1999). Orden jurídico y estado mundial en Hans Kelsen. (U. d. Valencia, Ed.) Cuadernos Electronicos de Filosofía del Derecho.
- Peláez, J. M. (2016). Crítica filosófica al concepto de verdad en el proceso penal elaborado por la Corte Suprema de Justicia. En I. C. Procesal, XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (págs. 125-174). Medellín: Universidad Libre-ICDP.
- Pereira, E. (2013). Contra Dworkin. El noble sueño y la pesadilla. Derecho y Humanidades, 291-312.
- Peyrano, J. (2010). La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de IMpedir en Materia Juridica. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Presidencia de la República - Farc-EP. (24 de noviembre de 2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz estable y duradera. Obtenido de Mesa de conversaciones: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/sites/default/files/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf>
- Quinche, M. F. (2014). El precedente judicial y sus reglas. Bogotá: Legis.
- Ramírez, M. F. (2014). El control de convencionalidad. Bogotá: Temis.
- Resolución 1272 . (28 de julio de 2017). “Por la cual se implementa el Permiso Especial de Permanencia (PEP) creado mediante Resolución 5797 del 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se establece el procedimiento para su expedición a los nacionales venezolanos. Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11186.pdf>
- Restrepo, M. H. (2012). Salud mental y desplazamiento forzado. Bogotá : Universidad del Rosario.
- Revista Semana. (25 de Marzo de 2017). El triste éxodo de los venezolanos a Colombia. Bogotá, Colombia. Obtenido de <http://www.semana.com/nacion/articulo/venezolanos-en-colombia-y-colombianos-repatriados/519657>

- Rey, E. (2009). Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos. México: Porrúa.
- Riera, J. S. (1997). La tutela de la víctima en el proceso penal . Madrid: J.M. Bosch.
- Roxín, C. (1976). Problemas básicos del derecho penal. Madrid: Romo.
- Roxín, C. (1991). Strafverfahrensrecht. München: C.H Beck.
- Roxín, C. (1997). Derecho Penal: Parte General. Madrid: Civitas.
- Sagües, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de Convencionalidad. Estudios Constitucionales.
- Sanchez, E. M. (2007). La dogmática de la teoría del delito. Bogotá: Externado de Colombia.
- Schum, D. (2016). Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico. Medellín : Orión Vargas Vélez.
- Sentencia C - 307. (13 de julio de 1995). Corte Constitucional, Sala Plena. MP: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Santa Fe de Bogotá, Colombia: REF: Demanda No. D-780. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-307-95.htm>
- sentencia C-834. (10 de octubre de 2007). Corte Constitucional, Sala Plena. M.P: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Bogotá, D.C.: Referencia: expediente D-6748. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-834-07.htm>
- Sentencia SU677. (15 de noviembre de 2017). Corte Constitucional; Sala Plena. M.P: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. Bogotá, D. C, Colombia: Referencia: Expediente T-5.860.548. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU677-17.htm>
- Sentencia T - 314. (17 de Junio de 2016). Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. M.P: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente T-5.409.791.
- Sentencia T - 614. (25 de agosto de 2014). Corte Constitucional, Sala quinta de Revisión. M.P: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Bogotá, D.C: Referencia: expediente T-4317330. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-614-14.htm>

Sentencia T - 705. (30 de noviembre de 2017). Corte Constitucional, Sala Sexta. M.P: JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS. Bogotá D.C: Referencia: Expediente T-6.316.343. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-705-17.htm>

Sentencia T-611. (25 de agosto de 2014). Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. M.P: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Bogotá, D.C.: Referencia: expediente T-4313884. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-611-14.htm>

Tangarife, S. A. (2009). Sistema de información documental sobre desplazamiento forzado en Colombia basado en ontologías. Medellín: Red Universidad de Antioquia.

Taruffo, M. (2002). La prueba de los hechos. Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2005). Prólogo. En J. Ferrer, Prueba y verdad en el derecho (pág. 12). Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (2008). La prueba. Madrid: Marcial Pons.

Tovar, C. (2009). Desplazamiento forzado y acompañamiento psicosocial: a propósito de la emergencia de nuevos actores políticos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Umbarila, J. I. (2014). Compendio del derecho de las víctimas del delito y la violencia. Bogotá: Editorial Ibañez.

Urbano, J. J. (2006). Los Fines Constitucionales del Proceso Penal Como Parámetros de Control de Principio de Oportunidad. Derecho Penal y Criminología, 27(80), 111-128.

Velásquez, F. V. (2010). Manual de Derecho Penal. Bogotá : Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Welzel, H. (1972). La dogmática en el derecho penal. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Welzel, H. (1980). Derecho penal alemán. Santiago de Chile: Jurídicas del Sur.

Wittgenstein, L. (2006). Sobre la certeza. Barcelona: Gedisa.

Zaffaroni, E. (2002). Derecho Penal Parte General. Buenos Aires: Ediar.

Anexo 2. Facturación de Pacientes Venezolanos de enero – diciembre del año 2016

E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ FACTURACION DE PACIENTES VENEZOLANOS CORTE 31 DE DICIEMBRE

MES - AREA DE SERVICIO	CANTIDAD DE USUARIOS	CANTIDAD DE ATENCIONES	VALOR FACTURADOR POR SERVICIO
ENERO	85	101	\$ 82.731.460,00
CONSULTA EXTERNA	26	26	\$ 1.901.300,00
SALA DE PARTOS	22	28	\$ 22.093.529,00
URGENCIAS PEDIATRIA	14	19	\$ 25.435.438,00
URGENCIAS ADULTOS	23	28	\$ 33.301.193,00
FEBRERO	96	116	\$ 61.266.949,00
CONSULTA EXTERNA	18	20	\$ 1.637.000,00
QUIROFANOS	2	2	\$ 1.687.600,00
SALA DE PARTOS	26	32	\$ 14.115.873,00
URGENCIAS PEDIATRIA	31	35	\$ 7.567.862,00
URGENCIAS ADULTOS	19	27	\$ 36.258.614,00
MARZO	103	124	\$ 133.718.044,00
CONSULTA EXTERNA	16	20	\$ 1.389.000,00
SALA DE PARTOS	28	33	\$ 15.145.928,00
URGENCIAS PEDIATRIA	22	27	\$ 9.276.376,00
URGENCIAS ADULTOS	37	44	\$ 107.906.740,00
ABRIL	94	111	\$ 86.577.051,00
CONSULTA EXTERNA	8	11	\$ 853.000,00
SALA DE PARTOS	13	16	\$ 11.226.272,00
URGENCIAS PEDIATRIA	36	41	\$ 20.543.244,00
URGENCIAS ADULTOS	37	43	\$ 53.954.535,00
MAYO	127	152	\$ 55.431.041,00
CONSULTA EXTERNA	15	18	\$ 1.546.200,00
SALA DE PARTOS	24	29	\$ 12.489.457,00
URGENCIAS PEDIATRIA	42	50	\$ 21.708.683,00
URGENCIAS ADULTOS	46	55	\$ 19.686.701,00
JUNIO	173	208	\$ 150.877.730,00
CONSULTA EXTERNA	23	27	\$ 1.647.500,00
SALA DE PARTOS	36	43	\$ 28.734.706,00
URGENCIAS PEDIATRIA	62	78	\$ 60.787.310,00
URGENCIAS ADULTOS	52	60	\$ 59.708.214,00
JULIO	142	162	\$ 158.584.548,00
CONSULTA EXTERNA	5	5	\$ 253.500,00
SALA DE PARTOS	26	32	\$ 21.903.697,00
URGENCIAS PEDIATRIA	68	77	\$ 66.072.147,00
URGENCIAS ADULTOS	43	48	\$ 70.355.204,00
AGOSTO	283	301	\$ 247.137.097,00
CONSULTA EXTERNA	25	26	\$ 583.800,00
QUIROFANOS	2	2	\$ 3.493.017,00
SALA DE PARTOS	79	85	\$ 54.359.228,00
URGENCIAS PEDIATRIA	86	96	\$ 89.248.850,00
URGENCIAS ADULTOS	91	92	\$ 99.452.202,00

MES - AREA DE SERVICIO	CANTIDAD DE USUARIOS	CANTIDAD DE ATENCIONES	VALOR FACTURADOR POR SERVICIO
SEPTIEMBRE	263	290	\$ 315.821.969,00
CONSULTA EXTERNA	1	1	\$ 33.400,00
SALA DE PARTOS	78	88	\$ 68.356.805,00
URGENCIAS PEDIATRIA	81	89	\$ 40.254.091,00
URGENCIAS ADULTOS	103	112	\$ 207.177.673,00
OCTUBRE	363	388	\$ 302.421.186,00
CONSULTA EXTERNA	0	0	\$ -
SALA DE PARTOS	106	112	\$ 57.358.249,00
URGENCIAS PEDIATRIA	114	125	\$ 77.454.065,00
URGENCIAS ADULTOS	142	150	\$ 166.641.867,00
QUIROFANOS	1	1	\$ 967.005,00
NOVIEMBRE	275	294	\$ 214.292.652,00
CONSULTA EXTERNA	0	0	\$ -
SALA DE PARTOS	92	96	\$ 75.104.084,00
URGENCIAS PEDIATRIA	89	96	\$ 48.868.121,00
URGENCIAS ADULTOS	94	102	\$ 90.320.447,00
QUIROFANOS	0	0	\$ -
DICIEMBRE	290	311	\$ 315.749.206,00
CONSULTA EXTERNA	0	0	\$ -
SALA DE PARTOS	78	87	\$ 81.262.132,00
URGENCIAS PEDIATRIA	127	133	\$ 113.017.479,00
URGENCIAS ADULTOS	84	90	\$ 121.072.425,00
QUIROFANOS	1	1	\$ 397.170,00
Total general	2294	2558	\$ 2.124.608.933,00

**E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ
FACTURACION DE PACIENTES VENEZOLANOS
DE 1 DE ENERO DEL 2017 AL 31 DE MAYO 2017**

MES - AREA DE SERVICIO	CANTIDAD DE PACIENTES	CANTIDAD DE ATENCIONES	VALOR FACTURADOR POR SERVICIO
ENERO	307	349	\$ 365.967.518,00
CONSULTA EXTERNA	0	0	\$ -
SALA DE PARTOS	72	92	\$ 72.455.700,00
URGENCIAS PEDIATRIA	139	155	\$ 103.102.427,00
URGENCIAS ADULTOS	96	102	\$ 190.409.391,00
FEBRERO	277	322	\$ 511.299.064,00
CONSULTA EXTERNA	0	0	
SALA DE PARTOS	77	96	\$ 77.145.539,00
URGENCIAS PEDIATRIA	93	108	\$ 78.940.226,00
URGENCIAS ADULTOS	107	118	\$ 355.213.299,00
MARZO	283	315	\$ 520.636.502,00
CONSULTA EXTERNA	1	2	\$ 99.500,00
QUIROFANOS	1	1	\$ 1.458.700,00
SALA DE PARTOS	72	88	\$ 78.088.015,00
URGENCIAS PEDIATRIA	110	119	\$ 90.760.415,00
URGENCIAS ADULTOS	99	105	\$ 350.229.872,00
ABRIL	290	318	\$ 336.515.755,00
CONSULTA EXTERNA	1	2	\$ 71.400,00
QUIROFANOS	1	1	\$ 456.704,00
SALA DE PARTOS	85	102	\$ 79.651.420,00
URGENCIAS PEDIATRIA	119	126	\$ 100.208.555,00
URGENCIAS ADULTOS	84	87	\$ 156.127.676,00
MAYO	392	442	\$ 563.641.772,00
CONSULTA EXTERNA	4	5	\$ 906.800,00
QUIROFANOS	0	0	\$ -
SALA DE PARTOS	111	141	\$ 132.260.973,00
URGENCIAS PEDIATRIA	144	155	\$ 100.774.247,00
URGENCIAS ADULTOS	133	141	\$ 329.699.752,00
TOTAL CORTE 31 MAYO 2017	1.549	1.746	\$ 2.298.060.611,00
CONSULTA EXTERNA	6	9	\$ 1.077.700,00
QUIROFANOS	2	2	\$ 1.915.404,00
SALA DE PARTOS	417	519	\$ 439.601.647,00
URGENCIAS PEDIATRIA	605	663	\$ 473.785.870,00
URGENCIAS ADULTOS	519	553	\$ 1.381.679.990,00

ÍNDICE DE AUTORES

ALDO JOSÉ JAIMES – GALVIS

Licenciando Ciencias Sociales Universidad Pamplona, Magíster Gerencia Educativa Universidad Estado Táchira UNET, Doctorando Antropología Universidad de los Andes Mérida.

AURA CECILIA TORRES BURBANO

Docente Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social – Centro de Investigaciones y Estudios Socio Jurídicos - Ciesju. Docente Hora Cátedra – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Universidad de Nariño. Abogada – Economista – Universidad de Nariño. Integrante del Grupo de Investigación Derecho, Justicia y Región Dejure – Universidad de Nariño. auraceciliatorres@gmail.com

CARLOS DANIEL MUÑOZ CHAMORRO

Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, cursante de Master en Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, España. Abogado litigante, docente de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del programa de Derecho de la Universidad de Nariño.



JOSÉ FERNANDO SALDARRIAGA MONTOYA

Doctor en Filosofía, Universidad Pontificia Bolivariana UPB [Medellín] Magister en Estudios Políticos, Universidad Pontificia Bolivariana UPB [Medellín] Especialista en análisis del Estado, Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA, [Medellín] Sociólogo Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA [Medellín]. Miembro de *Ratio Juris* Grupo de Estudios Pensamiento, Cultura y Política en América Latina, Facultad de Derecho Universidad Autónoma Latinoamericana.

JUAN CAMILO PÁEZ JAIMES

Abogado egresado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

LIBARDO ORLANDO RIASCOS GÓMEZ

Docente Titular de Derecho Público de la Facultad de Derecho en la Universidad de Nariño desde 1986 hasta la actualidad. Abogado de la Universidad de Nariño en 1983. Magister en Derecho, Universidad USACA-UDE-NAR en 1994. Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad de Navarra (Pamplona-España), 1986 y Doctor en Derecho Constitucional (Lleida-España), 1999. Tratadista de Derecho Público.

LUIS MIGUEL LÓPEZ CELEMÍN

Economista, Especialista en seguridad Social, Especialista en Gerencia Financiera y Especialista en Contratación Estatal.

NICOLÁS LONDOÑO OSORIO

Candidato a Magister en Investigación, Universidad de Alicante [España] Especialista en Cultura política: Pedagogía de los Derechos Humanos Universidad Autónoma Latinoamericana UNAULA [Medellín] Licenciado en Ciencias Sociales Universidad de Antioquia UdeA [Medellín]. Miembro del Grupo de Estudios Pensamiento, Cultura y Política en América Latina, Facultad de Derecho Universidad Autónoma Latinoamericana. UNAULA [Medellín] email loncoffee@gmail.com.

RONALD JESÚS SANABRIA VILLAMIZAR

Abogado de la Universidad Libre seccional Cúcuta (Cúcuta, Colombia). Candidato a magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre seccional Bogotá (Bogotá, Colombia) y candidato a magíster en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Buenos Aires, Argentina). Docente investigador de la Universidad Libre seccional Cúcuta.



COMITÉ DE ARBITRAJE CIENTÍFICO PARA ESTE NÚMERO

MIEMBROS EXTERNOS

ANA PATRICIA PABON MANTILLA

Docente Universidad Autónoma de Bucaramanga, Doctora en Derecho de la Universidad Libre, Magister en Hermenéutica Jurídica y Derecho y Especialista en docencia universitaria de la Universidad Industrial de Santander.

CARLOS FERNANDO LOPEZ PASTRANA

Docente de la Universidad del Sinú, Universidad de Cartagena y Universidad Católica. Magister en Derecho Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad del Sinú.

ESTANISLAO ESCALANTE BARRETO

Docente Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Administración, Hacienda y Justicia en el estado Social Universidad de Salamanca, Magister en Pedagogía de la Universidad de la Sabana, Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y Master oficial en Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca.

JAIRO CABRERA PANTOJA

Abogado, Master en Derecho Público de la Universidad Externado y Master en Derecho Ambiental Università degli Studi di Palermo, Italia . Doctor en Derecho de la Università degli Studi di Palermo, Italia

JOHN JAIRO CASTRO CALVACHE

Abogado Universidad de Nariño. Magister en Ciencias Penales y Criminológicas y Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Externa-

do de Colombia. Docente de la Universidad Externado de Colombia y Juez Penal en Bogotá.

MARÍA ALEXANDRA RUIZ CABRERA

Abogada de la Universidad de Nariño, Pasto (2012), Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador, Quito (2014). Cursa una Especialización en Derecho Procesal Penal en la Universidad Cooperativa de Colombia, Pasto. Doctoranda en Derecho Universidad Andina Simón Bolívar- Sede Ecuador-. Quito

MIEMBROS INTERNOS

OMAR ALFONSO CÁRDENAS

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Comercial y Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia. Docente de pregrado y postgrado de la U de Nariño.

CRISTHIAN ALEXANDER PEREIRA OTERO

Abogado Universidad de Nariño. Magíster en Derecho Público y especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia y Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional. Docente de Pregrado y Postgrado de la Universidad de Nariño.

INSTRUCCIONES PARA AUTORES

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 Científica CODEX está dirigida a abogados, investigadores, litigantes, funcionarios de la rama judicial, legislativa y ejecutiva, estudiantes de derecho de pregrado y postgrado y, en general, a las personas interesadas en asuntos jurídicos y socio jurídicos, a nivel nacional e internacional.

La Revista Científica CODEX trata temas de relevancia académica y científica en el área del derecho privado, público, social (laboral, familia, agrario, medio ambiental, multiculturalidad), penal, internacional y área humanística (sociología, historia del derecho, teoría y filosofía del derecho).

A partir del día 24 de marzo de 2015, oficialmente abre convocatoria permanente para la recepción de artículos científicos, bajo los siguientes parámetros:

1. TIPO DE ARTÍCULOS

La revista científica CODEX publicará artículos resultados de investigación adelantados a nivel nacional e internacional, que cumplan con

los requerimientos de Colciencias sobre la materia. La revista publica los siguientes tipos de artículos:

- Artículos de investigación científica y tecnológica: El documento deberá presentar, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- Artículo de reflexión: El documento deberá presentar resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Estructura: Introducción, planteamiento de problema, desarrollo y conclusiones.
- Artículo de revisión: El documento deberá presentar el resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa y amplia revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias. Estructura: Introducción, planteamiento de la temática, recuperación bibliográfica, tendencias en el campo del conocimiento, y conclusiones.

2. RESERVA DE DERECHOS

La recepción de un artículo por parte de la Revista Científica CODEX no implica su aprobación, ni el compromiso de publicación. El autor será informado oportunamente de los resultados del proceso de evaluación del artículo, y la fecha de publicación en caso de ser aceptado.

El autor deberá presentar, junto con el artículo, la carta de cesión a la revista de sus derechos patrimoniales sobre el artículo, en la cual autoriza expresamente a la revista a copiar, reproducir, distribuir, publicar,

y comercializar el artículo presentado, a través de medios digital o electrónico, físico, reprográfico y en general a través de cualquier medio de comunicación académicamente aceptado.

El autor en la misma carta manifiesta que el artículo respeta los derechos de autor de terceros, y exonera a la Universidad de Nariño de responsabilidad frente a terceros, y se compromete a responder por cualquier acción judicial entablada por ese hecho.

La revista realizará la publicación, en todo caso, mencionando al autor del artículo, y respetando los derechos morales de autor (Ley 23 de 1982, Decisión 351 CAN)

3. REQUISITOS DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos presentados a la revista Codex, deben cumplir con los siguientes requisitos:

- 3.1. ORIGINALIDAD: El artículo debe ser original y de autoría de quien lo presenta.
- 3.2. TÍTULO DEL ARTÍCULO: Debe presentarse un título acorde con el contenido del artículo.
- 3.3. IDIOMA: El artículo debe presentarse preferiblemente en español. Sin embargo, la revista también publica artículos que se presenten en inglés o francés.
- 3.4. NOMBRE DEL AUTOR: Se presenta el nombre del autor o autores del artículo, y a pie de página señalar: Pertenencia institucional, títulos académicos, grupo de investigación al cual pertenece, correo electrónico, dirección postal.
- 3.5. RESUMEN: Se realiza en un solo párrafo y se recomienda

que su extensión no sea superior a 200 palabras. Debe presentarse en español y en inglés.

- 3.6. **PALABRAS CLAVE:** Son las palabras que identifican los conceptos básicos utilizados en el artículo, máximo 5 palabras clave. Debe presentar en español e inglés. La revista recomienda consultar el *Thesaurus* de Unesco: <http://databases.unesco.org/thessp/>.
- 3.7. **EXTENSIÓN:** El artículo deberá tener una extensión mínima de 10 páginas y máxima de 20 páginas, contando desde el título hasta las referencias. Tipo de página: carta (*letter*) papel 21.59cm x 27.94cm (8 ½" x 11")
- 3.8. **TIPO DE LETRA:** Times New Roman, 12 puntos, interlineado 1.5, y texto alineado a la izquierda justificado. Sin espacio entre párrafos.
- 3.9. **MÁRGENES:** 2,54 cm en toda la hoja.
- 3.10. **SANGRÍA:** Cinco espacios en la primera línea de cada párrafo.
- 3.11. **ESTRUCTURA:** El artículo deberá contener una introducción subcapítulos enumerados (1,2,3...), conclusiones o recomendaciones, y lista de referencias.
- 3.12. **IMÁGENES:** El artículo puede contener imágenes, mapas, y diagramas, sin embargo debe tenerse en cuenta que la publicación se realiza en blanco y negro. Por lo tanto deberá contener las leyendas para que la información sea entendible.
- 3.13. **PALABRAS EN LATÍN:** Las palabras en latín deben ir en cursiva.

- 3.14. **AGRADECIMIENTOS:** Los agradecimientos por el apoyo que hayan recibido los autores se debe colocar al final del artículo, después de la bibliografía.
- 3.15. **PONENCIAS:** Si el artículo fue presentado como ponencia y esta no fue publicada, deberá indicarse a pie de página.
- 3.16. **NORMAS:** En el estilo, citas y referencias el autor deberá utilizar las establecidas por la Asociación Americana de Psicología (Normas APA) en la sexta edición. Al final de esta convocatoria encontrará una breve guía de citas.

4. FORMA DE ENVÍO

Los artículos se enviarán al Comité Editorial de la Revista Científica Codex por medio electrónico al correo: rcodex@udenar.edu.co El autor deberá enviar:

- Artículo en formato Word (archivo con extensión .doc)
- Carta de cesión de derechos diligenciada y firmada por todos los autores, debidamente escaneada. (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)
- Formato de presentación del artículo. (Disponible en: derecho.udenar.edu.co, y en rcodex.udenar.edu.co)

Recuerde que la convocatoria de recepción de artículos se encuentra abierta de forma permanente.

5. PROCESO DE ARBITRAJE

La REVISTA CIENTÍFICA CODEX utilizará el sistema de doble ciego para la evaluación de los artículos presentados. En consecuencia, los autores no conocerán los nombres de los pares evaluadores, así mismo, éstos no conocerán el nombre de aquellos. La evaluación será remitida por los pares evaluadores mencionando únicamente el título del artículo.

El proceso de arbitraje se realizará así:

- Los artículos serán revisados por el Comité Editorial el cual evaluará:
 - ü Cumplimiento de los requisitos formales, como extensión, forma de citas, referencias, etc., y existencia de la carta de cesión de derechos.
 - ü Pertinencia del tema: El artículo debe tratar un tema de interés jurídico o socio jurídico.
 - ü Originalidad: El artículo debe ser original e inédito, por lo tanto se descartarán aquellos artículos publicados en otros medios.
- Los artículos que hayan pasado el primer filtro, serán enviados a dos (2) árbitros, expertos en el área, quienes evaluarán:
 - ü Evaluación de estructura: Evaluarán cada una de las partes del artículo: título, resumen, introducción, metodología, resultados, conclusiones, y referencias.
 - ü Rigor científico y académico: Se evalúa la validez jurídica y científica de las conclusiones a partir de la metodología y argumentos expuestos en el artículo.
 - ü Estado del arte: Se evalúa los referentes teóricos y conceptuales expuestos en el artículo.
 - ü Fuentes bibliográficas: Se evalúa la pertinencia y actualidad de las citas y fuentes bibliográficas.
- Los árbitros brindarán la siguiente calificación:
 - ü No publicable. El artículo no se publicará.
 - ü Publicable sin correcciones: El artículo pasa directamente a fase de publicación
 - ü Publicable con correcciones: En este caso se informarán las correcciones al autor para que las realice en un término no mayor a diez días hábiles. El comité editorial revisará la pertinencia de las correcciones realizadas, y pasará a fase de publicación.
- La revista se reserva el derecho a realizar correcciones de estilo, las

cuales se informarán a los autores.

6. CÓDIGO DE ÉTICA DE LA REVISTA CODEX

- ü La Revista científica CODEX de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño realiza el proceso de arbitraje con árbitros de reconocida idoneidad, preferiblemente con título de maestría y doctorado, y miembros de prestigiosas instituciones universitarias.
- ü El proceso de arbitraje garantiza que el artículo se enviará en un formato electrónico que impida o dificulte su modificación, y que garantice la protección a los derechos de autor. Así mismo los árbitros aceptarán conservar la confidencialidad del artículo y los resultados y conclusiones que en él se plasmen, así como a garantizar y proteger los derechos de autor.
- ü La revista pretende cumplir con los estándares de calidad requeridos para lograr su indexación a nivel nacional e internacional.
- ü La revista realizará un control estricto de las publicaciones, con el fin de garantizar la no vulneración de derechos de autor de terceros. En el momento que la revista detecte una violación a éstos, comunicará al titular de tales derechos, y pondrá en conocimiento de las autoridades competentes.
- ü Los escritos que aparezcan en la Revista son de responsabilidad de los autores.
- ü Los artículos enviados a la revista para ser evaluados no pueden estar en proceso de evaluación en otra publicación.

7. 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

8. RECIPROCIDAD

El autor del artículo recibirá en su dirección postal dos (2) ejemplares de la revista, de manera gratuita.

9. DATOS DE CONTACTO

ü Página web: derecho.udenar.edu.co

ü Dirección Física: Ciudad Universitaria Torobajo, Universidad de Nariño, bloque D, Facultad de Derecho. San Juan de Pasto, Nariño, Colombia.

ü Correo electrónico: rcodex@udenar.edu.co

ü Teléfono: 57 (2) 7315438

MANUAL DE CITAS Y REFERENCIAS

Las citas y los listados de referencias deberán realizarse conforme a las normas APA sexta edición, que pueden consultarse en las páginas:

- ü <http://www.apa.org/>
- ü <http://normasapa.com/>

A continuación se presentan ejemplos de las citas más comunes, así como la forma de citar sentencias y leyes admitidas por la revista.

1. CITAS

1.1. CITA TEXTUAL DE MENOS DE 40 PALABRAS

Cuando la cita es textual y consta de menos de 40 palabras se escribe inmersa dentro del texto, entre comillas y sin cursiva. Después de las comillas de cierre entre paréntesis se ubica el apellido del autor, año de publicación, y página usando la abreviatura (p.), el punto se coloca después de la cita. Así, es posible utilizar cualquiera de las dos formas que se indican:

- La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una aproximación al concepto de argumentación jurídica permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (Muñoz, 2007, p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.--
- La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Una

aproximación al concepto de argumentación jurídica expuesto por Muñoz (2007) permite concluir que “la argumentación es una de las labores que generalmente desarrollamos los abogados en todos los campos del Derecho en el que nos desempeñemos.” (p. 21). Por lo tanto, fuerza concluir, el abogado tiene la misión principal de formarse en argumentación jurídica como una auténtica herramienta de trabajo.

1.2. CITA TEXTUAL DE MÁS DE 40 PALABRAS

La cita textual de más de 40 palabras deberá escribirse aparte del texto, con sangría, sin comillas, sin cursiva, y con letra de un tamaño menor (11 puntos), y a espacio sencillo. El punto se coloca antes de la referencia, que se realiza también entre paréntesis. A continuación se exponen dos formas válidas

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así la doctrina ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (Muñoz, 2007, p.22)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así Muñoz (2007) ha expuesto:

Sin embargo, debe hacerse claridad que el concepto de “argumentación jurídica”, no solo se refiere a la argumentación judicial, pues esta última es solo una de las caras que puede

mostrar la argumentación jurídica. El campo que abarca el concepto es en realidad más amplio y si bien es cierto que en tratándose del debate judicial, este termina con la sentencia, la cual por supuesto debe ser argumentada, esta se presenta ya como el producto de las argumentaciones de las partes. (p.22)

1.3. CITA DE PARAFRASEO

Es la cita que plasma las ideas de otro autor, pero con las palabras propias del escritor. Al final de la idea retomada se realiza la cita entre paréntesis, y sin mencionar el número de página.

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. La labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica (Muñoz, 2007)

La estructura del derecho colombiano ha tenido cambios relevantes desde el año 1991, principalmente en materia de argumentación jurídica. Así las cosas, Muñoz (2007) aclara que la labor cotidiana del abogado incluye elementos de argumentación, y específicamente de la argumentación jurídica.

1.4. CITAS DE TEXTOS CON VARIOS AUTORES

Dos autores: Los apellidos se separan con “y”, y en inglés se utiliza “&”.

Muñoz y Coral (2005) consideran que...

Cabe resaltar que varios autores coinciden con lo afirmado (Muñoz y Coral, 2005)

Tres a cinco autores: La primera vez que se citan se indican los apellidos de todos, posteriormente sólo el primero, y se agrega “et al” seguido de punto.

Pérez, Martínez, y Muñoz (2010), consideran....
De esta forma Pérez et al. (2010), afirma....

Esa es la postura general de la doctrina (Pérez, Martínez, y Muñoz, 2010)
Sin embargo se ha presentado críticas al respecto (Pérez et al., 2010)

Seis o más autores: Se cita el apellido del primero seguido de et al., desde
la primera citación.

1.5. CITA DE TEXTOS DE AUTOR CORPORATIVO

Se coloca el nombre de la entidad en lugar del apellido, la primera vez se
cita el nombre completo de la entidad y entre paréntesis la sigla. Las citas
subsiguientes únicamente llevan la sigla.

Los programas ofrecidos por la Universidad de Nariño (Udenar,
2012)...., siendo así la política de la educación pública en Colombia
requiere ajustes (Universidad de Nariño [Udenar], 2012)

1.6. CITA DE TEXTOS ANÓNIMOS

En lugar del apellido se coloca la palabra “anónimo”.

1.7. CITA DE CITA

Cuando no se tiene acceso a la fuente directa de la información, sino a
través de un autor que hace la cita, se hace conforme al ejemplo:

Bonorino (como se citó en Muñoz, 2007), ha planteado que...

1.8. NOTAS

Puede utilizar el pie de página para realizar ampliación del tema,
ejemplos, o puntualizaciones en torno a lo expuesto en el párrafo prin-
cipal.

1.9. SENTENCIAS

Entre paréntesis se indicará el nombre de la corporación, seguida de coma, y el número de la sentencia.

(Corte Constitucional, T-406-92)

(Corte Suprema de Justicia Sala Casación Civil, Sentencia del 15 de agosto de 2014)

1.10. LEYES

Entre paréntesis se indicará el país, y el número y año de la ley.

(Colombia, Ley 1480 de 2001)

(Colombia, Código Civil)

1. REFERENCIAS

Las referencias se realizarán enlistando en orden alfabético únicamente los textos citados en el artículo. Deberá contar con sangría francesa.

2.1 LIBROS

Apellido, A.A. (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales

2.2 LIBROS DE VARIOS AUTORES

Apellido, A.A., Apellido, A.A., & Apellido, A.A. *Título*. Ciudad, País: Editorial

Narváez García J.I., Narváez Bonnet J. E. & Narváez Bonnet O.S (2008). *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis editores

2.3 LIBRO CON EDITOR (LOS CAPÍTULOS SON ESCRITOS POR VARIOS AUTORES)

Apellido, A.A. (Ed). (Año). *Título*. Ciudad, País: Editorial.

2.4 LIBRO EN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Apellido, A.A. (año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

1.5 CAPÍTULO DE LIBRO

Apellido, A.A. y Apellido. A.A. (Año). Título del capítulo. En: A.A. Apellido (Ed), *Título del libro* (pp. Xx – xx). Ciudad, País: Editorial
Martínez, M.M. y Gonzales A.P. (2012). Historia del Derecho Moderno. En: P.M. Pérez (Ed). *Nuevas tendencias del derecho* (pp. 58-23). Pasto, Colombia: Editorial Universidad de Nariño.

2.6. ARTÍCULO DE REVISTA

Apellido, A.A., y Apellido, A.A.(Año). Título del Artículo. *Nombre de la Revista*, volumen (o número), pp-pp.

Martínez, M.M. y Gonzales, A.P. (2012). La ley en mundo Romano. *Revista Foro Universitario*, 13, 12-34.

2.7. ARTÍCULO DE PERIÓDICO

Apellido, A.A. (fecha). Título de artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp.
Online:

Apellido, A.A. (Fecha). Título del artículo. *Nombre del periódico*. Recuperado de <http://www.xxx.xxx>

2.8. AUTOR CORPORATIVO – INFORME GUBERNAMENTAL

Nombre de la organización. (Año). *Título del informe*. Recuperado de: <http://www.xxx.xxx>

2.9. TESIS Y TRABAJOS DE GRADO.

Apellido, A.A. (Año). *Título de la tesis* (tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución; ciudad, país.

2.10. SENTENCIAS

País. Corporación. (Año, día de mes). Sentencia S-333, M.P. Ernesto García, Ciudad.

2.11. LEYES

País. Corporación. (Año, día de mes) Ley XXX “por medio de la cual.....”



SUSCRIPCIÓN VERSIÓN ELECTRÓNICA

Estimado Lector. Si desea suscribirse GRATUITAMENTE a la Revista Científica CODEX versión electrónica, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, ingrese a la página: <http://rcodex.udenar.edu.co>

Realice el registro y recibirá en su correo electrónico los próximos números de la revista.

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Puede suscribirse a la versión física de la Revista Científica CODEX, diligenciando el cupón on line disponible en la página <http://rcodex.udenar.edu.co>.

También puede suscribirse recortando el cupón que se encuentra a continuación y enviándolo a la dirección: 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. También puede escanearlo y enviarlo al correo: rcodex@udenar.edu.co

A vuelta de correo se le informarán los costos de envío y la forma de pago de los mismos.

REVISTA CIENTÍFICA CODEX
CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN VERSIÓN FÍSICA

Nombre y/o Institución:

Cédula/NIT/DNI

Dirección:

Ciudad:

Depto/Estado:

País:

A.A.

Teléfono:

E-mail:

Pertenencia Institucional:

Firma



Esta obra se imprimió en los talleres de
“TIPOGRAFÍA IMPERIAL”

Cra. 23 Calle 21 Esquina

Tel: 301 289 0493

Pasto - Nariño